

L'AMBIGUA UNIVERSALITÀ  
DEI DIRITTI



---

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DEL DIPARTIMENTO  
DI SCIENZE GIURIDICHE

SERIE V

MEMORIA XXVI

---

ALESSANDRA ALGOSTINO

# L'AMBIGUA UNIVERSALITÀ DEI DIRITTI

DIRITTI OCCIDENTALI  
O DIRITTI DELLA PERSONA UMANA?



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2005

ISBN 88-243-1549-6

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

*a Elida, che un giorno, in una capanna in Salvador,  
mi ha raccontato dell'assassinio del suo compagno,  
dei suoi figli che le chiedevano del cibo che lei non aveva,  
della sua casa che bruciava,  
e che mi sorrideva per addolcirmi la crudezza del suo racconto*

*a Annalisa, per un altro mondo possibile*



## INDICE SOMMARIO

### PARTE PRIMA

#### IL CONCETTO DI DIRITTI DELLA PERSONA UMANA

##### CAPITOLO PRIMO

##### LA NASCITA DEI DIRITTI DELL'UOMO

	<i>pag.</i>
I.1. La dignità umana e la preistoria dei diritti dell'uomo.....	3
I.1.1. La dignità umana fra modelli di comportamento e doveri .....	5
I.1.2. I diritti umani della "preistoria": continuità o estraneità? .....	18
I.2. La nascita e l'infanzia dei diritti dell'uomo: i nonni e i padri .....	30
I.2.1. Il "proprium" e l'"appetitus societatis" nel diritto naturale di Grozio .....	34
I.2.2. Vitoria: "ius migrandi" e "hebetes" .....	40
I.2.3. Gli indios fra eguaglianza e inconsapevole "cristianità" (Las Ca- sas) .....	48
I.2.4. L'emancipazione dalla teologia e il ruolo delle guerre di reli- gione. Cenni .....	52
I.2.5. L'individualismo egocentrico di Hobbes .....	56
I.2.6. Locke: individualismo mite e diritti naturali (pre-statali e a- statali) .....	64
I.3. La nascita e l'infanzia dei diritti dell'uomo: le prime dichiarazioni	71
I.3.1. In particolare: rinvio alla legge e cittadinanza nella Dichiarazione francese del 1789 .....	79
I.3.2. Le dichiarazioni americane: "spirito di libertà" e "spirito di religione", supremazia della Costituzione e "inferiorità natu- rale dei neri" .....	88
I.3.3. Le ambiguità delle prime positivizzazioni dei diritti. Sintesi ..	103

##### CAPITOLO SECONDO

##### IL FONDAMENTO DEI DIRITTI UMANI

II.1. Verso una definizione dei diritti umani .....	107
II.1.1. In evidenza: le difficoltà di una definizione sostanziale .....	114

	<i>pag.</i>
II.1.2. Alla ricerca di aiuto in alcune definizioni proposte .....	119
II.1.3. Una definizione astratta è solo formale? .....	132
II.2. Fra le teorie sul fondamento dei diritti dell'uomo .....	138
II.2.1. Intorno al giusnaturalismo moderno; del fondamento metafisico .....	139
II.2.2. I diritti come "fatto" storico, condiviso o creato dal diritto positivo.....	160
II.2.3. Le tesi razionaliste, ovvero una "fede" debole e logica.....	171
II.2.4. Sulla classificazione dei fondamenti dei diritti umani.....	182
II. 3. Una scelta possibile .....	191

## CAPITOLO TERZO

I DUBBI SULL'ESISTENZA DEI DIRITTI DELLA PERSONA  
UMANA (GLI SCETTICI DEI DIRITTI DELL'UOMO)

III.1. Burke e i diritti tradizionali degli Inglesi .....	203
III.2. Bentham: «insensatezza» dei diritti naturali e principio di utilità .....	209
III.3. De Maistre: una visione reazionaria e teocratica .....	217
III.4. Romanticismo, storicismo e positivismo. Cenni e rinvio .....	220
III.5. Il pensiero marxista .....	224
III.6. Croce, i diritti come «fatti storici»; Bobbio, l'illusione del fondamento assoluto .....	230
III.7. Perelman, la dialettica del ragionevole .....	236
III.8. Osservazioni conclusive .....	239

## PARTE SECONDA

L'AMBIGUITÀ DELLA PRETESA UNIVERSALITÀ  
DEGLI ATTUALI DIRITTI UMANI

## CAPITOLO PRIMO

I DIRITTI UNIVERSALI FRA CULTURE  
E IMPERIALISMO CULTURALEI DIRITTI OGGI PROCLAMATI COME UNIVERSALI POSSONO RAPPRESENTARE  
LA TRADUZIONE DEL PUNTO DI INTERSEZIONE FRA LE CULTURE?

I.1. Universalità occidentale? .....	250
I.2. Pluralità delle culture e diritti universali. I diritti nella cultura asiatica, africana e islamica .....	266
I.2.1. Le Americhe: la scomparsa delle culture indigene.....	267
I.2.2. La rivendicazione delle proprie tradizioni nel continente africano .....	269



I.2.3.	Il Corano quale fondamento dei diritti umani .....	<i>pag.</i> 277
I.2.4.	Asia: universalità e valori asiatici .....	288
I.3.	L'“universalismo situato” .....	297

## CAPITOLO SECONDO

### DELLE IDEE SUI RAPPORTI FRA DIRITTI UNIVERSALI E CULTURE E, IN PARTICOLARE, DEI TENTATIVI DI INDIVIDUARE UN QUID COMUNE

II.1.	Gli estremi dell'“omogeneità transculturale” e dello scontro.....	306
II.2.	Dell'omogeneità a-culturale .....	313
II.3.	Del nucleo comune del e nel pluralismo .....	326
II.3.1.	Il quid comune delle religioni .....	327
II.3.2.	Il minimo comun denominatore delle culture: da Erodoto ai filosofi contemporanei .....	336
II.3.3.	In particolare: sulla sostanza del nucleo comune .....	350
II.4.	Verso un approdo .....	361

## CAPITOLO TERZO

### IL “VOLTO CATTIVO” DEI DIRITTI, LE PRETESE DELLA SOVRANITÀ E IL RAPPORTO CON LA CITTADINANZA

III.1.	Il significato dei diritti universali come occidentali: le ambiguità e il volto cattivo .....	371
III.1.1.	L'ultima crociata: l'ingerenza umanitaria.....	375
III.1.2.	Un altro “uso” e un'altra percezione dei diritti è possibile.....	387
III.2.	Le pretese della sovranità.....	392
III.2.1.	Lo scontro fra Stati sovrani e diritti universali .....	392
III.2.2.	In breve: globalizzazione, sovranità e universalità .....	405
III.3.	I particolarismi delle cittadinanze e i privilegi della cittadinanza.....	409

### OSSERVAZIONI CONCLUSIVE. L'IMMIGRAZIONE COME CARTINA DI TORNASOLE DI UN'UNIVERSALITÀ FRAGILE

1.	In particolare. Immigrazione, universalità dei diritti e identità culturali.	434
1.1.	Lo scontro fra prescrizioni culturali e diritti universali .....	436
2.	Il multiculturalismo e la tolleranza: “società aperta” limitata? La que- stione dei diritti culturali e collettivi .....	446
	<i>Bibliografia</i> .....	477



## PARTE PRIMA

### IL CONCETTO DI DIRITTI DELLA PERSONA UMANA



## CAPITOLO PRIMO

### LA NASCITA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: I.1. La dignità umana e la preistoria dei diritti dell'uomo. – I.1.1. La dignità umana fra modelli di comportamento e doveri. – I.1.2. I diritti umani della “preistoria”: continuità o estraneità?. – I.2. La nascita e l'infanzia dei diritti dell'uomo: i nonni e i padri. – I.2.1. Il “proprium” e l’“appetitus societatis” nel diritto naturale di Grozio. – I.2.2. Vitoria: “ius migrandi” e “hebetes”. – I.2.3. Gli indios fra eguaglianza e inconsapevole “cristianità” (Las Casas). – I.2.4. L'emancipazione dalla teologia e il ruolo delle guerre di religione. Cenni. – I.2.5. L'individualismo egocentrico di Hobbes. – I.2.6. Locke: individualismo mite e diritti naturali (pre-statali e a-statali). – I.3. La nascita e l'infanzia dei diritti dell'uomo: le prime dichiarazioni. – I.3.1. In particolare: rinvio alla legge e cittadinanza nella Dichiarazione francese del 1789. – I.3.2. Le dichiarazioni americane: “spirito di libertà” e “spirito di religione”, supremazia della Costituzione e “inferiorità naturale dei neri”. – I.3.3. Le ambiguità delle prime positivizzazioni dei diritti. Sintesi.

#### I.1. *La dignità umana e la preistoria dei diritti dell'uomo*

*«E Noi già molto onorammo i figli d'Adamo e li portammo per la terra e sul mare e demmo loro provvidenza buona, e su molti degli esseri da noi creati preferenza grande»<sup>1</sup>*

Corano, La sura del viaggio notturno (XXVII, 70)

<sup>1</sup> Le citazione del Corano sono tratte dalla traduzione curata da A. Bausani, *Il Corano*, Rizzoli, Milano, XXII ed., 2001.

*«Noi abbiamo a te rivelato la Scrittura per gli uomini, secondo Verità, e chi se ne lascerà guidare sarà a suo vantaggio, e chi devia, devia contro se stesso: e tu non hai da esser loro patrono»<sup>2</sup>*

Corano, La sura delle schiere (XXXIX, 41)

*«E Dio disse: «Facciamo l'uomo a nostra immagine, a nostra somiglianza, e domini sui pesci del mare e sugli uccelli del cielo, sul bestiame, su tutte le bestie selvatiche e su tutti i rettili che strisciano sulla terra». Dio creò l'uomo a sua immagine...»<sup>3</sup>*

Bibbia, Genesi (1, 26-27)

*«Non opprimerai il tuo prossimo, né lo spoglierai di ciò che è suo; il salario del bracciante al tuo servizio non resti la notte presso di te fino al mattino dopo»<sup>4</sup>*

Bibbia, Levitico (19, 13)

*«La donna e l'uomo sognavano che Dio li stava sognando. Dio li sognava mentre cantava e agitava le sue maracas, avvolto in fumo di tabacco, e si sentiva felice e insieme turbato dal dubbio e dal mistero. Gli indios makiritare sanno che, se Dio sogna cibo, fruttifica e dà da mangiare. Se Dio sogna la vita, nasce e dà la nascita»<sup>5</sup>*

Mitologia makiritare, America

<sup>2</sup> Analogamente, vedi il passo in cui si afferma «Non vi sia costrizione nella Fede...» (Corano, La sura della vacca, II, 256).

<sup>3</sup> Le citazioni della Bibbia sono tratte dalla versione del testo biblico (ripreso dalla versione italiana della Bibbia curata dalla Conferenza episcopale italiana) contenuta ne *La Bibbia di Gerusalemme*, Centro editoriale dehoniano, Bologna, 1985.

<sup>4</sup> Similmente vedi anche Deuteronomio (24, 14, 15), in cui si riconosce il “diritto” al salario anche allo straniero: «Non defrauderai il salariato povero e bisognoso, sia egli uno dei tuoi fratelli o uno dei forestieri che stanno nel tuo paese, nelle tue città; gli darai il suo salario il giorno stesso, prima che tramonti il sole...».

<sup>5</sup> La citazione è tratta da E. GALEANO, *Memoria del fuoco*, I – *Le origini*, Rizzoli, Milano, 1997, p. 7.

*«Un uomo non deve riverire la propria setta o sminuire quella di un altro senza un motivo. Il disprezzo dovrebbe sempre avere una ragione specifica poiché le sette degli altri meritano tutte di essere riverite per una ragione o un'altra»<sup>6</sup>*

Editto di Erragudi (imperatore Ashoka),  
India, III sec. a.C.

*«Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, privato dei suoi beni, messo fuori della legge, esiliato, molestato in alcuna maniera e noi non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese»*

Magna Charta, Regno Unito, 1215, art. 39

*«Nessuno osi ridurre in schiavitù un indiano, né in tempo di guerra né in tempo di pace; né tenere un indiano in schiavitù col pretesto di averne acquisito il possesso in una guerra giusta, o a titolo di riscatto, di compravendita o di baratto, o a qualsiasi altro titolo o pretesto»<sup>7</sup>*

Ordinanza di Carlo V, Spagna, 1530

<sup>6</sup> Citato da A. SEN, *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 156. Sen ricorda come l'imperatore Ashoka che, nel III secolo a. C. regnava in India su un impero vastissimo, dedicava una grande attenzione all'etica pubblica, insistendo in particolare sull'importanza della tolleranza nei confronti di tutti (anche di quelli che vengono definiti come "popoli della foresta", cioè popolazioni tribali preagricole).

<sup>7</sup> Citato da T. TODOROV, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre* (1982), trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'«altro»*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 195-196. Todorov ricorda, peraltro, anche, nella stessa epoca (1514), l'adozione del cosiddetto *Requerimiento*, redatto dal giurista regio Palacios Rubios: una sorta di giustificazione legale della conquista (fondata sulla trasmissione del potere da Gesù a San Pietro, da questo ai papi, e sulla donazione da parte di uno di questi ultimi del continente americano agli spagnoli), che doveva essere letta agli indios e che, in sostanza, dava loro la possibilità di scegliere «fra due posizioni di inferiorità: o si sottomettono di

«Nessun uomo può subire violenza in relazione alla religione, e a ognuno è consentito praticare la religione di sua scelta»<sup>8</sup>

Editto di Akbar, India, 1591-1592

### I.1.1. *La dignità umana fra modelli di comportamento e doveri*

Il manifesto dei diritti dell'uomo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, muove dal «riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti uguali e inalienabili».

Il concetto di “dignità” dell'uomo, da un lato, appare ormai oggetto di un riconoscimento millenario, e, dall'altro, rappresenta un principio, che, se pur espresso in modi differenti, è trasversale rispetto a varie culture. L'affermazione che l'uomo è

loro volontà e diventano servi, oppure vengono sottomessi con la forza e ridotti in schiavitù» (T. TODOROV, *La conquista*, cit., p. 179).

Per una disputa teorica sull'eguaglianza o ineguaglianza tra indiani e spagnoli, si può ricordare la celebre controversia di Valladolid che nel 1550 oppose Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, l'uno che afferma «tutti gli indiani... devono essere considerati liberi: perché in verità lo sono, in base allo stesso diritto per cui io stesso sono libero» (*Lettera al principe Filippo*, 20 aprile 1544), l'altro sostenitore della superiorità per natura degli spagnoli sugli indiani e, in generale, della gerarchia come stato naturale della società umana (per una prima sintetica ricostruzione della posizione dei due Autori, vedi, tra gli altri, T. TODOROV, *La conquista*, cit., pp. 184 ss.; C. GIBSON, M. CARMAGNANI, J. ODDONE, *L'America Latina*, Utet, Torino, 1976, pp. 40 ss.; in particolare, sul pensiero di Las Casas, vedi anche quanto specificato *infra*).

<sup>8</sup> Citato da A. SEN, *Laicismo*, cit., p. 160; Sen, peraltro, sottolinea come in questo caso «l'ambito della tolleranza, sebbene neutrale rispetto alle religioni, non era universale sotto altri aspetti, quali l'eguaglianza di genere o l'eguaglianza tra giovani e anziani», in quanto, ad esempio, l'editto imponeva il rientro forzato nella famiglia paterna alla giovane donna indù che avesse abbandonato la famiglia per seguire un amante musulmano.



costruito ad «immagine» di Dio (Bibbia)<sup>9</sup> o l'individuazione dell'uomo come soggetto molto «onorato» e oggetto di «preferenza grande» (Corano) o, ancora, il diretto rapporto tra uomo e Dio nella mitologia makiritare – e gli esempi si potrebbero moltiplicare – intendono esprimere il comune sentimento del “valore” della persona umana<sup>10</sup>.

Si tratto peraltro di una convergenza, per così dire, vuota di significato: si riconosce che la persona umana ha una sua dignità, un suo valore, ma per comprendere in che cosa consista questa dignità, questo valore – detto altrimenti per riempire di significato la locuzione – occorre far riferimento al contesto culturale in cui l'espressione è utilizzata, che solo è in grado di conferirle spessore e sostanza, e, inoltre, verificare l'esistenza e, eventualmente, il contenuto, dei diritti che di quel concetto di dignità costituiscano espressione<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Per un approfondimento dello specifico valore che all'uomo è riconosciuto nella Bibbia, valore strettamente connesso al rapporto dell'uomo con Dio, vedi, tra gli altri, N. M. LOSS, *La dignità dell'uomo nella dottrina biblica*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 41 ss., che identifica tre momenti fondamentali nella configurazione della dignità dell'uomo nel testo biblico: l'uomo è opera di Dio, l'uomo è immagine di Dio, l'uomo è interlocutore di Dio.

<sup>10</sup> E – è stato osservato (RAJA BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 633) – «non saremmo stati capaci di avere la visione di una sola umanità i cui membri sono uguali in dignità e diritti, dotati di diritti umani inalienabili senza riguardo al genere, alla razza o alla posizione sociale, se non ci fossimo “issati sulle spalle” dei profeti che furono i primi a enunciare l'uguaglianza di tutti gli esseri umani agli occhi di Dio loro Creatore».

<sup>11</sup> Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1994: i diritti umani [n.d.r.: il riferimento è in particolare ai diritti dell'uomo sanciti nei documenti internazionali del secondo dopoguerra] «costituiscono il tentativo di indicare i *valori* (il rispetto della dignità della persona umana) e i *disvalori* (la negazione di quella dignità) che tutti gli Stati dovrebbero prendere come criteri discriminanti nella loro azione» (p. 80).

Non si vuole per ora affrontare il discorso relativo alla possibilità di incontrare nelle varie culture dei principi comuni, ma semplicemente evidenziare come riconoscere che la dignità umana è un concetto antichissimo, presente in culture anche lontane fra loro, non significa ancora dimostrare l'esistenza di diritti della persona umana, in grado di conferire sostanza alla dignità stessa. Il concetto di "dignità umana" costituisce il fondamento – in un certo senso sia morale che giuridico (nella misura in cui si configura un diritto al rispetto della propria dignità in capo a ciascuna persona umana) – dei diritti<sup>12</sup>, ma, di per sé, è un concetto vago, un principio, che attende di essere tradotto in specifiche posizioni giuridiche soggettive.

Se, infatti, da un lato, la locuzione "dignità umana" si presenta come «intuitivamente evidente», dall'altro, appare «giuridicamente indefinibile»<sup>13</sup>, attendendo di essere tradotta in prescrizioni specifiche, storicamente e spazialmente situate.

La domanda, di conseguenza, da porsi è: il riferimento generico alla dignità umana, in epoca antica, è stato sviluppato nella redazione di diritti puntuali? E, ancora, l'eventuale riconoscimento di singoli diritti appare il frutto di una cosciente opera di individuazione di uno *status* normativo (da un punto di vista morale e/o giuridico) della persona umana? Infine, in caso di risposta affermativa alle precedenti domande, qual è il rapporto fra tali "diritti" con i "nostri" diritti dell'uomo?

La risposta è tutt'altro che facile. Innanzitutto, nel caso di testi come la Bibbia o il Corano, siamo di fronte a prescrizioni

<sup>12</sup> Vedi, quanto al diritto costituzionale recente, l'opinione di chi ritiene la dignità umana un «valore *supercostituzionale* nei confronti delle libertà positivamente protette ... e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo», costituendo essa «l'unico vero fine» che le libertà «possono e devono perseguire» (configurandosi, dunque, le libertà come il mezzo attraverso il quale si tutela la dignità dell'uomo) e, nello stesso tempo, il loro «con-fine», il loro limite (così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 347).

<sup>13</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit. p. 346.

di carattere religioso-morale, il che rende particolarmente complessa l'interpretazione, anche se si muove dalla consapevolezza che non si possono leggere i documenti di quell'epoca con le categorie e i canoni di oggi e, in particolare, non si può pretendere di individuare nei documenti di allora una distinzione netta fra norme morali e norme appartenenti alla sfera del diritto e, prima ancora, fra morale e diritto, individuando con precisione – sempre ove si ritenga tale distinzione possibile<sup>14</sup> – il passaggio di una prescrizione da una sfera all'altra.

<sup>14</sup> In argomento, pare sufficiente ricordare, per alcune prime indicazioni sul tema, quanto affermato in occasione di una tavola rotonda su “Il costituzionalismo e la tesi della separazione tra diritto e morale” (Ferrara, 28 marzo 1998), rispettivamente da Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky e Robert Alexy.

Ferrajoli, in particolare, sostiene la tesi della separazione fra diritto e morale, tesi che – come l'Autore chiarisce in altra occasione (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998/2, spec. p. 28, ora in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, spec. p. 35) – non viene messa in crisi dall'avvento delle costituzioni rigide, con le quali la legalità risulta «contrassegnata da una doppia artificialità: non più solo dell'«essere» del diritto, ossia della sua «esistenza» (non più derivabile dalla morale né reperibile nella natura, ma appunto «posto» dal legislatore), ma anche del suo «dover essere», ossia delle sue condizioni di «validità», anch'esse positivizzate a livello costituzionale, quale *diritto sul diritto*». Il «primo giuspositivismo», che aveva operato la separazione diritto-morale, non viene smentito, ma, al contrario, viene completato, insieme allo stato di diritto.

Zagrebelsky, invece, afferma l'esistenza d una connessione fra diritto e morale, ma solo da un punto di vista storico-concreto, che coincide con lo stato costituzionale, nel quale la tensione tra sfera del diritto e sfera della coscienza è diventata parte del diritto, spettando proprio al diritto il compito di risolverla. Come si legge ne *Il diritto mite* (Einaudi, Torino, 1992): «negli Stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo» (p. 157); i principi costituzionali «costituiscono il tentativo di “positivizzare” quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale...: la determinazione della giustizia e dei diritti umani» (p. 155), con la precisazione che la Costituzione è «una determinazione politica, anzi: la massima tra tutte le determinazioni politiche, non il semplice rispecchiamento di un ordine naturale» (p. 155), ma, anzi «la manifestazione più alta di diritto positivo» (p. 157).

Partendo dalla questione relativa alla possibilità di identificare specifici diritti, comunque, si può in primo luogo osservare che dal concetto di dignità umana, così come proclamato in testi considerati rivelazione della volontà divina quali la Bibbia o il Corano, si può inferire il riconoscimento dell'eguaglianza di tutte le persone umane, in quanto esseri dotati di eguale valore (tutti ad «immagine di Dio») e aventi la stessa origine<sup>15</sup>.

L'affermazione della derivazione paritaria di uomini e donne da Dio convive, però, con la previsione di differenti *status* per alcune categorie di individui, quali gli schiavi e le donne.

Si pensi, ad esempio, al riconoscimento, nella Bibbia, della schiavitù: vari sono i passi che trattano della condizione degli schiavi, se pur per attribuire loro alcuni diritti<sup>16</sup>; o, all'analogia

Ritiene esistente una connessione diritto-morale, anche Alexy, per il quale il diritto deve rispettare i diritti umani per essere corretto, ma i diritti umani esistono indipendentemente da ogni legislazione o fatto istituzionale, basandosi la loro validità su ragioni sostanziali, morali. A differenza di Zagrebelsky, poi, Alexy mette in luce la “fallacia della positivizzazione”: se i diritti umani sono validi solo in quanto positivizzati, mutando il diritto positivo e venendo meno la loro positivizzazione, essi perdono la loro validità; la loro positivizzazione – secondo l'Autore – può, dunque, servire non tanto alla causa della loro validità, quanto a quella della loro applicazione [vedi R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, spec. pp. 17 ss., e, in particolare, il passo in cui l'Autore esplicitamente afferma: «sistemi normativi che non avanzano né esplicitamente né implicitamente una pretesa di giustizia non sono sistemi giuridici» (p. 33)].

<sup>15</sup> Una tale eguaglianza di fronte alla divinità, peraltro, pur presentando un carattere assoluto non è ancora – come è stato osservato – l'eguaglianza come diritto universale dell'uomo (G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Duncker&Humblot, Berlin, 1978, trad. it. G. Gozzi (a cura di), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 19).

<sup>16</sup> Tra i numerosi passi che si riferiscono alla condizione degli schiavi si segnala, ad esempio, Esodo, 21, 2-11, laddove, tra l'altro, si stabilisce il diritto per lo schiavo ebreo di «andarsene libero, senza riscatto» nel settimo anno dal suo acquisto, con la moglie, se era coniugato, ma senza moglie e figli, se è il «suo padrone [che] gli ha dato moglie» (similmente vedi Deuteronomio, 15, 12-18); per

persistenza dell'istituto della schiavitù nel diritto islamico<sup>17</sup>, nonostante affermazioni come la seguente: «o uomini, in verità Noi v'abbiam creato da un maschio e da una femmina e abbi-  
am fatto di voi popoli vari e tribù a che vi conosceste a vicenda, ma il più nobile fra di voi è colui che più teme Iddio»<sup>18</sup>. Pe-

una ricostruzione dello *status* di schiavo, vedi gli Autori richiamati *infra* (spec. *ivi*, nota 19).

<sup>17</sup> In proposito, cfr., tra gli altri, gli interventi di A. A. AN-NAIM, *Il conflitto tra la Shari'a e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma nell'islam*, spec. pp. 108-109, e di ALI ABD AL-WAHID WAFI, *I diritti umani e i cinque obiettivi della Shari'a*, spec. pp. 60-61, entrambi in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998.

Quanto, poi, alla condizione della donna nel diritto islamico e, in particolare alla sua posizione di inferiorità nei confronti dell'uomo, si rinvia a quanto si dirà *infra* (cfr. spec. osservazioni conclusive); sia qui sufficiente ricordare come, da un lato, emergono differenze quanto ai diritti e doveri tra donne e uomini, e, dall'altro, come essi siano concepiti uguali nella creazione [«O uomini! Temete Iddio, il quale vi creò da una persona sola. Ne creò la compagna e suscitò da quei due esseri uomini molti e donne...» (Corano, La sura delle donne, IV, 1)] e uguali nei meriti e nei premi spirituali [«E chiunque, maschio o femmina, opererà il bene, e sarà credente, entrerà nel Paradiso... (*ibidem*, IV, 124)].

<sup>18</sup> Corano, La sura delle stanze intime (XLIX, 13). Il versetto citato, in chiusura, sembra riconoscere una posizione di superiorità per chi segue la religione (musulmana), ma tale posizione non osta al riconoscimento dell'egualianza, perlomeno sotto ogni altro profilo e, comunque, in un contesto di libertà religiosa: il Corano, del resto, è un testo che propone – anche se non sembra necessariamente imporre (vedi, in tal senso, Corano, La sura di Giona, X, 99-100: «Ma potresti tu costringere gli uomini ad esser credenti a loro dispetto? – No, nessun'anima può credere se non col permesso di Dio...») – una propria visione della vita, una propria morale, una propria metafisica, che, logicamente, considera come le «migliori». Mette in luce, invece, le discriminazioni nei confronti dei non musulmani, tra gli altri, M. BORMANS, *I diritti dell'uomo nel mondo religioso dell'Islam*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit., pp. 495 ss.: «la discriminazione in materia giuridica deriva soprattutto dal fatto di non essere musulmano. Nella città dell'islam, la «gente del libro», cioè ebrei e cristiani, hanno quasi tutti i diritti fondamentali riconosciuti al musulmano, ma non possono esercitare le più alte cariche dello stato, né sposare donne musulmane...

raltro, la presenza della schiavitù, accanto ad un riconoscimento dell'eguaglianza delle persone umane, non deve stupire più di tanto se solo si pensi che la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 proclama, in un testo di carattere normativo (non morale o religioso come la Bibbia o il Corano), che «tutti gli uomini sono per natura ugualmente liberi», ma la schiavitù viene abolita solo con il XIII emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, nel 1865.

Sempre leggendo i testi fondanti le grandi religioni mono-teiste, si può poi, in secondo luogo, notare come sembra difficile enucleare un preciso catalogo dei diritti che sostanzzi, e renda effettiva, la “dignità”.

Sia nella Bibbia che nel Corano si possono rintracciare alcuni diritti che oggi qualifichiamo come diritti della persona umana: dai passi o dai versetti ricordati in apertura si può evincere il riconoscimento del diritto ad un giusto salario o quello alla libertà di coscienza e di religione e, a leggere attentamente i testi, sicuramente altri esempi si potrebbero citare<sup>19</sup>, ma vi è il

Infine, la legge dell'islam condanna alla morte civile ogni musulmano che lascia la sua religione...» (p. 499); sulla distinzione fra credenti e non credenti all'interno della *shari'a* (vista quest'ultima, non come coincidente con l'Islam, ma solo come una particolare interpretazione delle fonti islamiche nel contesto storico dal VII al IX secolo d.C.), vedi anche A. A. AN-NA'IM, *Il Corano, la shari'a e i diritti umani*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 84 ss. [232 ss.]; peraltro, provocatoriamente si può osservare che molte delle discriminazioni che l'islam prevede per i non musulmani sono simili a quelle che gli Stati moderni prevedono per i non cittadini, per chi, in sostanza, “non appartiene”.

<sup>19</sup> Per l'indicazione, nel testo della Bibbia, di diritti oggi sanciti nei documenti sui diritti della persona umana, vedi, tra gli altri, A. PENNA, *I diritti umani nel Vecchio Testamento*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit., pp. 61 ss.; D. SCAIOLA, *I diritti dell'uomo nella Bibbia*, in P. Da nuvola, F. Monaco (a cura di), *Diritti umani*, Edizioni Piemme, 1995, pp. 11 ss.; nonché, con particolare riferimento alla condizione di soggetti “deboli” (poveri, orfani, vedove, stranieri, schiavi), J. LIMBURG, *Diritti umani nell'Antico Testamento*, in *Concilium*, 1979/4, pp. 48 ss. [558 ss.]; E. BIANCHI, *Lo statuto dei senza dignità nell'Antico Testamento*, in *Concilium*, 1979/10, pp. 23 ss. [1635 ss.].

rischio di “forzare” un po’ troppo il significato originario dell’oggetto da interpretare, utilizzando categorie concettuali elaborate in riferimento a contesti normativi, ed anche socio-culturali, differenti.

Anche senza voler conferire eccessivo peso al dato letterale, ovverosia alla “forma” (discorsivo-narrativa e/o di precetto divino) con la quale sono “riconosciuti” i “diritti”<sup>20</sup>, emerge *prima facie* che gli stessi sono configurati non tanto nel senso dell’attribuzione di posizione soggettive (come titolarità di diritti), quanto come modalità di comportamento<sup>21</sup> legate ad una particolare condizione soggettiva (come quella di padrone) e/o situazione delle persone oggetto del rapporto (gli orfani, i poveri, gli stranieri, etc.)<sup>22</sup>. Sembrerebbe quasi trattarsi di formu-

Per analoghe indicazioni, in riferimento al Corano, vedi A. PACINI, *L'Islam*, cit., spec. gli interventi di ALI ABD AL-WAHID WAFI, *I diritti umani*, cit., pp. 53 ss., e di HAMIDA AL-NAYFAR, *Diritti dell'uomo, diritti della comunità e diritti di Dio*, pp. 77 ss.; M. BORMANS, *I diritti dell'uomo*, cit., spec. pp. 499 ss.; RAJA BAHLUL, *Prospettive islamiche*, cit., spec. pp. 630-632; nonché il testo della Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo, a cura del Consiglio Islamico d'Europa, del 1981, particolarmente ricca di riferimenti a versetti del Corano (e, in genere, alla *shari'a*).

<sup>20</sup> Non si può certo, infatti, pretendere di ritrovare in questi testi agli albori della storia le stesse formulazioni tecnico-giuridiche di ordinamenti dove il diritto scritto è diventato sempre più pervasivo e onnipresente, rivestendo della sua forma le indicazioni applicative pratiche (circolari amministrative) così come i principi supremi alla base della formazione della società e dello Stato (Costituzione).

<sup>21</sup> Volendo, cioè, esemplificare non è previsto un diritto del lavoratore al salario, ma la regola (comportamentale) alla quale deve attenersi il padrone (un dovere?).

<sup>22</sup> Vedi, ad esempio, nella Bibbia, Esodo (22, 21): «Non maltratterai la vedova o l'orfano...», in caso contrario, si afferma: «la mia collera si accenderà e vi farò morire di spada: le vostre mogli saranno vedove e i vostri figli orfani» (Esodo (22, 22-23)) [incidentalmente si può notare come il riconoscimento del valore dell'uomo si coniughi nella Bibbia con la previsione, in varie ipotesi, della pena di morte; contraddizione, peraltro, presente anche in alcuni documenti internazionali sui diritti umani e nelle Costituzioni di

lazioni che stabiliscono un dovere, piuttosto che attribuire un diritto<sup>23</sup>; peraltro, da un dovere di un soggetto, spesso, si può inferire un diritto di un altro soggetto.

La dignità umana è un concetto suscettibile di essere sviluppato sia nel senso del riconoscimento di diritti che in quello della prescrizione di doveri<sup>24</sup>, in quanto entrambi sono atti a deli-

vari Stati; per indicazioni sul diritto alla vita e la pena di morte nella Bibbia, cfr. A. PENNA, *I diritti umani*, cit., pp. 64 ss.]; Esodo (22, 20): «Non molesterai il forestiero né lo opprimerai...»; Levitico (19, 34): «Il forestiero dimorante fra di voi lo tratterete come colui che è nato fra di voi...»; Proverbi (31, 20): la perfetta padrona di casa «apre le sue mani al misero, stende la mano al povero». Non mancano anche previsioni più specifiche, quali quelle che riguardano colui che presta denaro [«se tu presti denaro a qualcuno del mio popolo, all'indigente che sta con te, non ti comporterai con lui da usuraio: voi non dovete imporgli alcun interesse» (Esodo, 22, 24)] o il testimone [«Non seguirai la maggioranza per agire male e non deporrai in processo per deviare verso la maggioranza, per falsare la giustizia» (Esodo, 23,2)].

<sup>23</sup> Sul legame fra la concezione cristiana dei diritti umani e il dovere, cfr., tra gli altri, G. AMBROSETTI, *I diritti umani nella visione cristiana*, in G. Concetti, *I diritti umani*, cit., pp. 611 ss., spec. p. 618, nonché p. 628, dove si evidenzia come l'essere i diritti dei diritti-doveri allontani ogni visione individualistica; D. CAPONE, *Correlazione tra diritti e doveri*, in G. Concetti, *I diritti umani*, cit., pp. 783 ss.; F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1995, che ricorda, tra l'altro, la posizione espressa in proposito da Paolo VI (pp. 159-160).

Analogamente, in riferimento all'Islam, vedi M. BORMANS, *I diritti dell'uomo*, cit.: i diritti dell'uomo sono inseriti in una visione teocentrica della vita terrestre, «in cui l'uomo è testimone e vicario di Dio e, di conseguenza, soggetto di doveri e, poi, di diritti» (p. 506); R. GARAUDY, *I diritti dell'uomo e l'Islam*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 68 ss. [216 ss.], che afferma come «per i musulmani ... i doveri vengono prima dei diritti» (p. 71 [219]) e, in generale, insiste sul riconoscimento della giustizia sociale (in contrapposizione, ad esempio, alla difesa della proprietà), distinguendo l'Islam originario (quello del Corano e del profeta Maometto) dalle «perversioni dell'Islam» (il letteralismo, l'inflazione degli *hadith* e il culto idolatrico della tradizione).

<sup>24</sup> Cfr. in proposito, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit.: la dignità «non è solo una somma di "diritti", ma anche un insieme di "doveri"»;



neare quello *status* della persona umana che rende possibile una vita dignitosa. I doveri, infatti, da un lato – come osservato – rappresentano il risvolto dei diritti (in tanto, ad esempio, il lavoratore ha il diritto al salario, in quanto il padrone ha il dovere di corrisponderglielo)<sup>25</sup>, dall'altro costituiscono dei parametri in base ai quali giudicare<sup>26</sup> se il comportamento di una persona

nell'idea di dignità umana vi è, cioè, «un anomalo «assorbimento» di entrambe le tradizionali categorie teorico-dommatiche di situazione giuridica attiva e passiva» (p. 367).

<sup>25</sup> I doveri rappresentano il risvolto dei diritti in via generale, cioè non solo quando da un obbligo di un soggetto discende il diritto ad una “prestazione” per un altro soggetto, sul presupposto del differente *status* ricoperto dai due individui (padrone-lavoratore, padre-figlio, etc.), ma anche quando il diritto di un individuo deve semplicemente rapportarsi con il pari diritto di un altro individuo (prima ancora del classico tema della necessità di contemperare fra loro diritti diversi, quali il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla riservatezza). In questo caso in partenza vi è solo il “diritto” del singolo quale monade isolata, che diviene dovere dal momento in cui si considera che l'individuo vive in comunità con altri individui che godono dei suoi stessi diritti (X ha diritto di manifestare liberamente il suo pensiero, ma, a prescindere dalla considerazione che deve, ad esempio, rispettare la privacy di un altro soggetto, ha il dovere, in generale, di rispettare la libertà di manifestazione del pensiero di Y): i “diritti” sono – al di là di una loro eventuale immanenza rispetto alla persona umana – delle regole di convivenza sociale, che devono essere rispettate dai “conviventi”.

In sostanza, quindi, parrebbe di poter individuare nella correlazione diritti-doveri tre profili (elencati in ordine sparso): 1) il diritto di un soggetto è configurato come diretta derivazione del dovere di un altro soggetto (in virtù della specifica relazione esistente tra i due); 2) il diritto di un individuo viene limitato in conseguenza del dovere di rispettare altri diritti; 3) il diritto di un individuo implica (in forza del dovere di convivenza) il riconoscimento del pari diritto di altri individui.

<sup>26</sup> Si tratta di un giudizio inerente sia alla coscienza del singolo (di essere una persona “degn”) sia alla concezione che gli “altri” hanno del singolo e si tratta di un giudizio che, a seconda della natura delle norme che stabiliscono i doveri, può sfociare in una semplice sanzione morale, in forme di riprovazione sociale o in vere e proprie sanzioni penali.

corrisponde a quello che è individuato come lo standard di una vita degna (la padrona di casa è “perfetta” se aiuta i poveri).

Doveri e diritti, dunque, possono essere visti – anche se indubitabilmente urta la nostra coscienza di “soggettivisti”<sup>27</sup> pensare al dovere del padrone piuttosto che al diritto del lavoratore – come due modalità di estrinsecazione di un identico principio, come due modalità di delineazione di uno *status*, ed anche come due modalità per stabilire uguali prescrizioni<sup>28</sup>.

Se poi del concetto di dovere si accentua il suo rappresentare l'*altro* versante del diritto, allora si ha una maggior con-

<sup>27</sup> Si preferisce l'uso del termine “soggettivisti” rispetto a quello “individualisti”, per sottolineare che, attualmente, il titolare dei diritti non è più necessariamente l'individuo possessivo dell'epoca dell'ascesa della borghesia (vedi *infra*), ma la persona umana che ha conquistato i diritti politici, i diritti collettivi, il diritto-dovere di solidarietà, l'eguaglianza sostanziale, i diritti sociali.

<sup>28</sup> Osserva G. DALLA TORRE, *I diritti umani nell'ordinamento della Chiesa*, in G. Concetti, *I diritti umani*, cit., pp. 529 ss., a proposito della distinzione fra la posizione dell'individuo che solo di riflesso gode di una condizione positiva per il rispetto delle obbligazioni morali da parte di un altro soggetto e quella di chi è titolare di diritti fondamentali: «la concezione dei diritti fondamentali che emerge da siffatto modo di ragionare sembra troppo tributaria di quell'ideologia liberal-radical che tende a raffigurare l'esperienza giuridica in termini di diritti soggettivi soltanto, dimenticando così che diritto soggettivo e diritti oggettivo costituiscono aspetti inscindibili della medesima realtà» (p. 543); in quest'ottica – pare di poter notare – ciò che è suscettibile di “fare la differenza” è la possibilità di garanzia della posizione (sia soggettiva che oggettiva) dell'individuo, ma per ora si intende prescindere dalla questione del necessario inserimento o meno nel diritto della sua garanzia. In senso diverso, vedi, per tutti, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, il quale richiama la metafora usuale secondo la quale «diritto e dovere sono come il retto e il verso di una medaglia» (p. 55) e in seguito osserva come «all'inizio le regole sono essenzialmente imperative», cioè «la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto» (pp. 53-53), ma poi avviene una rivoluzione copernicana, «nel senso kantiano, come punto di osservazione» (p. 56), e viene invertito il rapporto fra diritti e doveri. Ciò è evidente – prosegue Bobbio – se si considera il passaggio da una concezione organica ad una individualistica della società e dello stato, laddove nella prima il tutto è al di sopra delle parti, mentre nella seconda prima vi sono gli individui singoli (vedi anche, *ibidem*, p. 115).

giunzione fra l'ottica dei diritti e quella dei doveri; mentre la distanza (in particolare nella percezione, più che nelle conseguenze pratiche) fra le categorie di "diritto" e di "dovere" aumenta, se del dovere si mette in luce il suo costituire un modello (morale e/o giuridico) per il comportamento del singolo, che solo se si conforma al modello stesso appare "degn" (di fronte a se stesso, alla società, a Dio, etc.).

La concezione che emerge dalla Bibbia, così come quella che emerge dal Corano – e, forse, in genere, ogni concezione dove l'aspetto morale appare preponderante e, soprattutto, è inserito in una cosmologia dove l'uomo non è (o non è l'unico) soggetto e fine dell'ordine morale –, appare più vicina al secondo aspetto del dovere e, quindi, più lontana dall'idea moderna di diritti dell'uomo incentrata sull'individuo e sulle sue potestà. Laddove, cioè, i "diritti" umani sono più legati ad una elaborazione per così dire "totale" riguardo al modo di intendere la vita, ad un'etica inserita in una metafisica, al come "comportarsi bene", piuttosto che a come garantire l'autonomia del singolo e a regolare i conflitti, il profilo del dovere occupa un posto rilevante.

L'ambito del dovere, inoltre, appare *situato*, quello del diritto *astratto*: il dovere – intuitivamente – cala la persona umana in un ruolo (i doveri del padre, del padrone, etc.) o in un determinato contesto sociale (i doveri verso la famiglia, la comunità, etc.), mentre il diritto è più vicino alla figura di un individuo senza connotazioni e senza legami, isolato e autonomo<sup>29</sup>. Ciò pare confermato, nella storia, dal fatto che nelle società dove un ruolo centrale è riservato alla comunità prevale la concezione del dovere, mentre nelle società di tipo liberali e individualiste prevale il profilo del diritto<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Ciò, ovviamente, pur con le opportune distinzioni fra le varie epoche storiche, essendo intuitiva, ad esempio, la differente concezione sottostante alla proclamazione dell'eguaglianza formale rispetto all'affermazione dell'eguaglianza sostanziale.

<sup>30</sup> In argomento si rinvia a parte II, spec. cap. I, dove si tratterà della questione relativa all'universalità dei diritti dell'uomo; cfr., comunque, sin da ora le

Tornando, ora, alle prime affermazioni della dignità umana<sup>31</sup>, occorre affrontare, preliminarmente, per azzardare una qualsivoglia conclusione sulla presenza di “diritti umani” nella Bibbia e nel Corano, la seconda delle questioni prima indicate: in questi documenti viene individuato uno *status* della persona umana (diritti e/o doveri) o si tratta solo di precetti divini, vaghi e slegati fra loro?

Le prescrizioni della Bibbia o del Corano possono essere interpretate come elementi ricostruttivi di uno *status* della persona umana; si tratta, però, di uno *status* morale, di una costruzione di una ipotetica “persona buona” e “vita buona”, inserita in un preciso e predeterminato ordine religioso-morale: la questione è il “peso” da dare alle differenze fra una tale configurazione della condizione della persona e l’adozione di dichiarazioni dei diritti, quale quella francese del 1789 o delle Nazioni Unite del 1948.

### I.1.2. *I diritti umani della “preistoria”: continuità o estraneità?*

Prima del XVII secolo difficilmente si incontrano formulazioni dei diritti dell’uomo, così come si è oggi abituati a concepirli<sup>32</sup>, ovvero nel senso di attribuzione di posizioni

osservazioni di Bobbio prima ricordate in ordine al legame fra la figura del dovere e l’organicismo e fra la figura del diritto e l’individualismo (*L’età dei diritti*, cit., pp. 51-61).

<sup>31</sup> O, meglio, alle prime affermazioni della dignità umana delle quali si ha testimonianza.

<sup>32</sup> Nel senso della distanza tra la moderna (e legata alla tradizione liberale occidentale) concezione dei diritti dell’uomo e quella della Bibbia, vedi, ad esempio, G. BOGNETTI, *Diritti dell’uomo*, in *Dig. Disc. Priv.*, V, Torino, 1989, il quale, pur ritenendo che «solo col Cristianesimo compare, sulla scena della storia umana, l’idea che ciascun uomo, senza distinzione di razza o sesso o condizione sociale, è dotato di una intrinseca “dignità”», considera «un falso storico voler attribuire al Cristianesimo la paternità del concetto dei diritti dell’uomo quale oggi sono a noi noti», in quanto il Cristianesimo stesso si rifiutò per lungo

giuridiche soggettive in capo a ciascuna persona umana<sup>33</sup>; la questione, dunque, è: nella ricerca dell'origine dei diritti

tempo, di dedurre dall'idea di dignità umana «un catalogo articolato e completo di libertà e diritti» che ciascun ordinamento giuridico dovrebbe riconoscere (p. 383; l'Autore, fra l'altro, sottolinea anche come ciò sia legato alla dottrina del peccato originale, che porta ad apprezzare la capacità dell'individuo di fare il male e, quindi, a guardare con sospetto l'attribuzione ad esso di ampie sfere di libertà); D. SCAIOLA, *I diritti dell'uomo*, cit., che rileva come «la nozione di diritti dell'uomo è un portato della modernità, ... l'universo culturale e antropologico della Bibbia è remoto e distante» (p. 11), non esiste «nella dottrina classica ebraica un concetto equivalente ai «diritti umani» così come vengono intesi nell'era moderna» (p. 12), e evidenzia, da un lato, la matrice illuministica dei moderni diritti dell'uomo, con la conseguente «inclinazione a una considerazione generale e astratta dell'uomo, della sua natura, della sua dignità, dei suoi diritti», opposta rispetto ad una «antropologia biblica... contraddistinta da un approccio storico, concreto, situato» (p. 11), e, dall'altro, la pressoché totale assenza della stessa espressione «diritti dell'uomo» e, anzi, dello stesso termine diritto sia nell'Antico che nel Nuovo Testamento; similmente, cfr. A. PENNA, *I diritti umani*, cit., il quale osserva come «il Vecchio Testamento non è, e non contiene, una dichiarazione dei diritti umani in senso moderno», specificando comunque che «pur accentuando talvolta il motivo religioso», esso «proclama il diritto di ciascuno ad alcune esigenze fondamentali...» (p. 93).

Si può inoltre ricordare come, per lungo tempo, la Chiesa cattolica ha rifiutato i diritti dell'uomo: Pio VII nel 1790 condanna senza mezzi termini la Dichiarazione francese del 1789, definendo i diritti dell'uomo «diritti mostruosi» [in contrapposizione peraltro ad alcuni prelati vicini ai principi della Dichiarazione del 1789, come l'abate Nicola Spedalieri e il vescovo Michele Natale. (cfr., in proposito, F. P. CASAVOLA, *Eredità rivoluzionaria e fede cristiana: l'impegno per i diritti dell'uomo*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/1, spec. pp. 22 ss., ora anche in ID, *I diritti umani*, Cedam, Padova, 1997, pp. 37 ss.); la svolta avviene solo a partire dal pontificato di Giovanni XXIII (si ricordi l'enciclica *Pacem in terris* del 1963) e, in particolare, dal concilio Vaticano II (si ricordino i documenti *Dignitatis humanae personae* e *Gaudium et spes*) [per una ricostruzione storica e alcune citazioni puntuali dal nuovo Catechismo, cfr. F. COMPAGNONI, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti dell'uomo. Prospettive teologiche*, in F. D'agostino (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 21 ss.].

In generale, sul rapporto tra Chiesa e diritti umani, vedi, fra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Pontificia commissione *Iustitia et pax*,

umani, si intende trovare l'atto di nascita dei "moderni diritti dell'uomo" o le prime espressioni di tutela della dignità

*La Chiesa e i diritti dell'uomo*, Pontificia commissione Justitia et pax, Città del Vaticano, 1975; *La chiesa e i diritti dell'uomo*, *Concilium*, 1979/4; F. Barbero (a cura di), AA.VV., *I diritti umani nella Chiesa cattolica. Seminario di studi delle comunità cristiane di base del Piemonte*, Claudiana, Torino, 1981 (specie gli interventi di G. BARBAGLIO, *La Bibbia e i diritti umani*, pp. 49 ss., e di G. GIRARDI, *La chiesa e i diritti umani*, pp. 57 ss.); numerosi fra gli interventi (specie nella *Prima sezione: I diritti umani nella rivelazione e nel magistero*) contenuti in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit.; K. WALF, *Vangelo, diritto canonico e diritti umani. Fondazione e carenze*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 55 ss. [203 ss.]; W. AYMANS, *Lo statuto dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico ecclesiale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995/1, pp. 15 ss.; F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit.; D. COMPOSTA, *L'ordinamento giuridico-canonico e il problema dei diritti umani*, in D. Castellano (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, ESI, Napoli, 1996, pp. 35 ss.; G. FILIBECK, *I diritti umani nell'insegnamento di Giovanni Paolo II: fondamenti e principi*, in *Iustitia*, 1999/2, pp. 175 ss.; G. Filibeck (a cura di), *I diritti dell'uomo nell'insegnamento della Chiesa: da Giovanni XXIII a Giovanni Paolo II. Raccolta di testi del magistero della Chiesa cattolica*, LEV, Città del Vaticano, 2001; nonché tutto il filone interpretativo della teologia della liberazione, per il quale si ricorda, a titolo esemplificativo, L. BOFF, C. BOFF, J. RAMOS REGIDOR, *La chiesa dei poveri. Teologia della liberazione e diritti dell'uomo*, Datanews, Roma, 1999.

Quanto al rapporto tra la filosofia sottesa ai diritti umani, quale trova espressione attualmente nelle dichiarazioni delle Nazioni Unite, e l'Islam, cfr., tra gli altri, A. Pacini (a cura di), *L'Islam*, cit., e, in particolare, A. A. AN-NAIM, *Il conflitto tra la Shari'a*, cit., pp. 103 ss.; RIDWAN AL-SAYYID, *Il pensiero musulmano contemporaneo e i diritti dell'uomo: pluralità di posizioni e confronto con l'Occidente*, pp. 137 ss.; FU'AD ZAKARIYA, *Filosofia dei diritti dell'uomo e mondo musulmano*, pp. 155 ss.; nonché B. BADIE, *Les deux États*, Fayard, Paris, 1986, trad. it. *I due stati. Società e potere in Islam e in occidente*, Marietti, Genova, 1990.

<sup>33</sup> Si approfondiranno in seguito le difficoltà legate alla definizione "diritti dell'uomo" (parte I, cap. II): per ora, ai fini di individuare il punto di partenza dell'attuale fase di studio, ci si può attenere ad una (provvisoria) definizione formale, senza ancora affrontare il problema relativo al contenuto dei diritti dell'uomo, simile a quella data in apertura del suo saggio sui diritti fondamentali da L. FERRAJOLI (*Diritti fondamentali*, cit, p. 5), laddove questi ultimi sono individuati come «quei diritti soggettivi che spettano universalmente a

umana, cioè “qualcosa” di simile, di equivalente rispetto ai primi<sup>34</sup>?

Le prescrizioni bibliche o coraniche facilmente possono essere considerate “lontane” dalle attuali forme di riconoscimento dei diritti umani, ma, nel contempo, possono essere qualifi-

“tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire».

Peraltro, a questo stadio iniziale di individuazione del concetto “diritti dell'uomo”, si possono accettare, come base di riferimento, anche definizioni che integrano il legame della componente giuridica con quello ai fondamenti etici (se, intesi, in senso ancora astratto, come «rilevanza morale di un'idea [n.d.r.: concepita come un contenitore, il cui contenuto deve ancora essere individuato] impegnata a proteggere la dignità umana e i suoi obiettivi di autonomia morale»), come è nel caso della definizione – da un punto di vista esplicitamente specificato come terminologico, linguistico (formale?) – di “diritti fondamentali” di Peces Barba, che l'Autore preferisce a quella diritti umani, diritti naturali, diritti morali ed altre, proprio perché è in grado di «abbracciare le due dimensioni proprie dei diritti umani, senza incorrere nel riduzionismo giusnaturalista o in quello positivista» (G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 23). Non pare, invece, volendo assumere come momento fondativo dei diritti dell'uomo sostanzialmente la dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 e quella francese del 1789, di potersi “accontentare” di definizioni come quella proposta da Papisca, nella quale è misconosciuto l'aspetto giuridico: per diritti umani «si intendono quei *bisogni essenziali della persona*, che devono essere soddisfatti perché la persona possa realizzarsi dignitosamente nella integralità delle sue componenti materiali e spirituali», bisogni che poi la legge riconosce come diritti fondamentali, ma che, comunque, sono considerati come preesistenti alla legge scritta, come «patrimonio genetico della persona» (sottintendendo così l'adozione di una particolare prospettiva fondativa dei diritti, in un'ottica non avalutativa, ma giusnaturalista) [A. PAPISCA, *Diritti umani*, in *Dizionario delle idee politiche* (diretto da E. Berti, G. Campanini), Editrice AVE, Roma, 1993, p. 190]. particolarmente

<sup>34</sup> ... in altre parole, quello che Panikkar chiama l'«equivalente omeomorfo» del concetto dei diritti dell'uomo, cioè qualcosa che svolga la funzione che nella società occidentale è propria dei diritti umani (R. PANIKKAR, *È universale il concetto di diritti dell'uomo?*, in *Volontari e Terzo Mondo*, 1990/12, pp. 24 ss.).

cate come modalità (se pur differenti) di affermazione dello stesso principio alla base delle dichiarazioni dei diritti del Settecento, e di molte delle Costituzioni del secondo dopoguerra, la centralità della persona umana e la sua dignità<sup>35</sup>.

Come punto di partenza può essere utile assumere il concetto dei diritti dell'uomo espresso nelle dichiarazioni di fine Settecento, onde delimitare il campo d'indagine, o, meglio l'oggetto, escludendo i precetti (prevalentemente) religiosi o morali dalla definizione di "diritti dell'uomo". L'orizzonte entro il quale si intende muovere è, infatti, prevalentemente sincronico: si vuole verificare l'effettiva universalità dei diritti umani, attraverso in particolare l'analisi del rapporto fra i diritti attualmente proclamati universali, che sono sostanzialmente i diritti nati dalla Dichiarazione francese del 1789, e le culture "altre" rispetto a quella dalla quale essi sono scaturiti.

Si tenta, quindi, in primo luogo, di "far ordine" nelle teorie sui diritti umani, anche attraverso l'indagine sul fondamento (o fondamenti) dei diritti stessi, senza pretesa (o, meglio, presunzione) di completezza e a partire dal significato per così dire "moderno" dei diritti.

Escludere, peraltro, i "diritti" degli "antichi" dalla qualificazione formale come "diritti dell'uomo" non significa escluderli dall'universo dei diritti della persona umana: essi, anzi, come si vedrà, rivestono un ruolo centrale, in particolare, nel discorso sull'universalità dei diritti.

La prospettiva diacronica è infatti essenziale, in quanto non solo ai principi e ai doveri degli antichi è debitore l'attuale riconoscimento dei diritti dell'uomo, ma anche in quanto il risalire ai principi si rivela oltremodo fecondo per l'individuazione del *quid* comune fra le culture che può fornire le basi ad un universalismo effettivo.

<sup>35</sup> Se pur, nel caso della Bibbia e del Corano, come imprescindibili dallo stretto legame con la divinità.



Occorre mantenersi lontani sia dal rischio di enfatizzare la presenza costante del principio della dignità umana, o dell'affermazione di alcuni diritti (nel senso perlomeno della presenza di equivalenti), sia da quello di considerare i documenti che oggi sanciscono giuridicamente i diritti della persona umana gli unici depositari degli stessi diritti.

Da un lato, si corre il pericolo, misconoscendo, ad esempio, il valore del contesto nel quale sono inseriti i diritti, di prospettare equivalenze (formali) fra *status* in realtà molto differenti; per intendersi, il riconoscimento di alcuni diritti del lavoratore non ha lo stesso valore nella società alla quale si riferisce la Bibbia, in quella del nazionalsocialismo, in quella socialista o in quella dello stato sociale.

La dignità umana è una costante: ma la considerazione della sua estrinsecazione in modi non sempre uguali, rende ineludibile la domanda se essa esiste o, quantomeno, se esiste un concetto di dignità della persona umana in astratto.

Dall'altro lato, è evidente che il legame con la storia, con le culture, stempera la considerazione che i diritti oggi proclamati come universali sono nella formulazione attuale legati ad una epoca storica e ad una cultura, favorendo la loro universalità.

Senza escludere, dunque, la prospettiva diacronica (inevitabilmente chiamata in causa nell'enucleazione dei principi di ciascuna cultura), si fissa come momento di nascita degli *attuali diritti universali* – quali diritti umani oggetto di questo studio – la fine del Settecento.

L'assunzione, come concetto di riferimento, della locuzione “diritti dell'uomo” della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – con la precisazione che, lessicalmente, si preferisce quella “diritti della persona umana”, più rispettosa della parità uomo-donna, specie se si considera che il “maschilismo terminologico” spesso altro non è che l'aspetto esteriore di una concezione sostanziale incentrata sul-

la figura maschile<sup>36</sup> –, significa presupporre la presenza, per potersi parlare di “diritti della persona umana”, del riconoscimento di precise posizioni giuridiche soggettive in capo a ciascuna persona umana, prescindendo, in prima battuta, dall’orizzonte giustificativo e legittimativo delle stesse. Di *questi* diritti dell’uomo si vuole individuare la nascita, lo sviluppo, il fondamento e una definizione.

Questa precisazione consente di accantonare – per ora<sup>37</sup> – affermazioni come quelle bibliche o coraniche, così come quelle contenute nell’Editto di Erragudi o di Akbar<sup>38</sup>, in quanto il

<sup>36</sup> Vedi, sul tema, fra gli altri, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., che sottolinea come «soggetti *optimo iure*, anche dopo il 1789, sono [così] a lungo rimasti solo i soggetti maschi, bianchi, adulti, cittadini e possidenti» (p. 9).

<sup>37</sup> La soluzione, infatti, può essere molto diversa se si assume un concetto di “diritti della persona umana” più “aperto”, basato sulla ricerca di equivalenti e non di eguali. In quest’ottica, ad esempio, si può parlare di “diritti dell’uomo” nella Bibbia, «ancorché culturalmente non investita dalla tematica dei diritti umani nella loro accezione recente», in quanto «essi trovano la loro radice e il loro fondamento nel rapporto dell’essere umano con Dio, potendosi ravvisare «l’equivalente ebraico dei “diritti umani”» nell’amore che Dio rivolge a tutti gli esseri umani» (così D. SCAIOLA, *I diritti dell’uomo*, cit., pp. 12-13 e 26).

<sup>38</sup> Analogo discorso potrebbe essere fatto per molti altri documenti, come il codice babilonese di Hammurabi; per alcuni esempi di riconoscimento di diritti dell’uomo, se pur in forma embrionale e, per così dire, “inconsapevole”, in tempi remoti, cfr., tra gli altri, G. MARSICO, *Profili storico-ricostruttivi del concetto di diritti-umani*, in A. M. Revedin (a cura di), *Diritti dell’uomo e ideologie contemporanee*, Cedam, Padova, 1988, pp. 249 ss., che ricorda il contenuto della Bibbia, le steli legislative dei monarchi sumerici come Gudea e Urnammu (c.a. 2100 a.C.), il codice babilonese di Hammurabi (1726-1686 a.C.), i quali, «pur nella barbaricità di molte pene», contengono «altresì specifici, importanti elementi giuridici tesi alla garanzia del singolo cittadino» (p. 249).

Per un riferimento ai diritti umani nell’antichità, da un punto di vista teorico-filosofico, cfr. J. MARITAIN, *Les droits de l’homme et la loi naturelle*, 1942, trad. it. *I diritti dell’uomo e la legge naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1953, pp. 107-108, che ritiene l’idea del diritto naturale «un’eredità del pensiero cristiano e del pensiero classico» (risalendo il concetto di diritto

contesto nel quale sono inserite rende difficile leggerle come istitutive di “precise posizioni giuridiche soggettive in capo a ciascuna persona umana, astrattamente considerata”.

naturale a Grozio, o prima a Suarez e Francisco de Vitoria, e poi «più oltre a S. Tomaso d'Aquino; e più oltre a Sant'Agostino e ai Padri della Chiesa, e a S. Paolo; e più oltre ancora a Cicerone, agli Stoici, ai grandi moralisti dell'antichità e ai suoi grandi poeti, a Sofocle in particolare»); similmente, cfr. anche L. SWIDLER, *Diritti umani: una panoramica storica*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 30 ss. [178 ss.], secondo il quale «anche se è solo in epoca moderna che si è sviluppata la nostra idea dei diritti umani, essa ha le sue radici nei due pilastri della civiltà occidentale: la religione giudeo-cristiana e la cultura greco-romana» (p. 31), in quanto Platone, Aristotele, gli Stoici e altri pensatori sviluppano il concetto di legge naturale e di democrazia; i romani elaborano uno *ius gentium* o legge comune di tutti gli uomini; la religione giudeo-cristiana afferma che tutti sono stati creati da un unico Dio e che quindi gli ebrei debbono trattare tutti gli uomini con le stesse norme etiche (idea del monoteismo etico) e, inoltre, sottolinea come l'uomo, in quanto immagine di Dio abbia «un valore e una dignità infiniti» (p. 32); F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., che ricorda, in particolare, l'*Antigone* di Sofocle e le parole di Seneca ed Epitteto (pp. 41 ss.).

Una sintetica, ma efficace ricostruzione della dignità umana e della libertà in età antica, si può leggere in G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., pp. 14 ss.; l'Autore peraltro risponde negativamente alla domanda circa la conoscenza o meno nell'antichità pagana dei “diritti dell'uomo”, ritenendo che «pur fra tutte le affermazioni circa la libertà e l'uguaglianza [n.d.r.: il riferimento è in particolare alla Stoá], la dignità umana e il rispetto della persona, essa non generò mai nulla di simile a una richiesta di diritti fondamentali e inviolabili per ogni essere umano», trattandosi essenzialmente di teorie finalizzate al bene comune e all'utilità generale (p. 18). Molto interessanti, in relazione al pensiero greco (a partire da Omero, Esiodo ed Eraclito, per giungere, attraverso Platone e Aristotele, sino agli Stoici), ma anche a quello medievale, i riferimenti alla nascita del diritto naturale e all'idea di giustizia, in G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, *Antichità e Medioevo*, il Mulino, Bologna, 1966; tra l'altro Fassò osserva, in riferimento al pensiero stoico – il più citato per il suo egualitarismo e cosmopolitismo –, come solo a partire dalla Media Stoa e, soprattutto dallo stoicismo romano, l'uguaglianza è estesa a tutto il genere umano, mentre in precedenza, se vengono escluse distinzioni di razza e nazionalità, permane la distinzione tra “saggi” e “stolti” (p. 111).

Quanto a documenti come la *Magna Charta Libertatum*, o altre carte dell'epoca medievale<sup>39</sup>, riconoscono sì posizioni giuridiche soggettive (poi, tra l'altro, considerate parte essenziale del catalogo dei diritti umani<sup>40</sup>), ma non in capo a ciascuna persona umana, astrattamente considerata. I titolari dei diritti, infatti, sono gli uomini appartenenti alla classe sociale (nobili, o anche commercianti<sup>41</sup>) che quelle carte avevano contrattato con il monarca o il potere locale<sup>42</sup>, o

<sup>39</sup> ...quale il patto stipulato nel 1188 tra le *Cortes* del regno spagnolo di León ed il re Alfonso IX; per un approfondimento sul contenuto di tale patto, nonché per l'indicazione di altre convenzioni simili, cfr. G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., pp. 25-31; G. MARSICO, *Profili storico-ricostruttivi*, cit., p. 252.

<sup>40</sup> La *Magna Charta*, ad esempio, riconosce il diritto di ciascun uomo libero a non essere «arrestato, imprigionato, privato dei suoi beni, messo fuori della legge, esiliato, molestato in alcuna maniera... se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese» (art. 39), diritto che – con le dovute cautele – può essere paragonato a quelli sanciti agli articoli 9 («Nessun individuo potrà essere arrestato, detenuto o esiliato arbitrariamente») e 10 («Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, che si pronuncerà sui suoi diritti e i suoi doveri, nonché sulla fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta») della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

<sup>41</sup> In questo senso si può citare il riconoscimento, nella *Magna Charta*, della libertà di circolazione e soggiorno a «tutti i mercanti» (art. 41: «tutti i mercanti potranno, liberamente ed in tutta sicurezza, uscire dall'Inghilterra e rientrarvi, soggiornarvi e viaggiarvi...»).

<sup>42</sup> Vedi, tra gli altri, W. ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo*, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 214 ss. e spec. p. 221, che insiste sul carattere di contratto feudale della *Magna Carta* («la sostanza della *Magna Carta* era un patto concluso tra il re e i baroni»); M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991: «ben raramente la pratica medievale riconosce *jura* e *libertates* agli individui in quanto tali, come è invece caratteristica fondamentale del diritto moderno... diritti e libertà hanno nel medioevo una strutturazione corporativa» (p. 16; vedi anche, con specifico riferimento all'art. 39 della *Magna Charta*, spec. p. 18); G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., pp. 25 ss.: «è

tutt'al più, nella loro evoluzione, gli appartenenti alla comunità statale<sup>43</sup>.

Manca a queste carte la tensione universalistica propria delle dichiarazioni francese e americane di fine Settecento; la concezione ad esse sottesa è tendenzialmente storicista e relativizzante. È la concezione dei diritti di Burke, che critica con parole di fuoco i diritti della Rivoluzione francese in quanto diritti naturali (dell'uomo), metafisici e assoluti, e afferma che i diritti non rappresentano altro che una «inalienabile eredità trasmessa a noi dai nostri antenati, e trasmissibile alla nostra posterità»<sup>44</sup>: ogni popolo deve cercare nella *propria* memoria l'esistenza e il fondamento dei diritti.

Comunque sia, se si assume come prima definizione concettuale di "diritti dell'uomo" quella espressa nei documenti nati nell'alveo della cultura illuministica e del giusnaturalismo, in Occidente (Europa e Stati Uniti) nel XVII-XVIII secolo, il tentativo di retrocedere nel tempo (così come quello di spaziare in altri luoghi) – giova ripeterlo – è essenziale per non dimenticare come la concezione odierna dei diritti della persona umana è *una* delle forme di tutela della dignità umana, che, sotto differenti spoglie, si sono succedute nel corso della storia (e in orizzonti spazio-culturali diversi)<sup>45</sup>, fino (for-

ovvio però che non si trattasse di diritti dell'uomo, quanto piuttosto di diritti corporativi», riservati in prima battuta ai baroni.

<sup>43</sup> Come ricorda, ad esempio, G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 26, quattro secoli dopo l'adozione della *Magna Charta*, Edward Coke, commentandola, ne ampliò significativamente la portata.

<sup>44</sup> E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese* (1790), in ID., *Scritti politici*, Torino, 1963, p. 192; per un approfondimento della posizione di Burke, cfr. *infra* (parte I, cap. III, par. III.1).

<sup>45</sup> Cfr. G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit.: «in ciascun secolo e paese, i diritti dell'uomo acquistano un significato storicamente diverso... E tuttavia posseggono un tratto comune: l'assicurazione giuridica e morale della dignità e libertà umane, nelle accezioni loro conferite via via dalla cultura. Perciò essi denotano una comprensione della vita che è tanto univoca in sé,

se) a determinarne una costante. Ciò, senza dubbio, relativizza il riconoscimento dei diritti dell'uomo, privandoli della loro aura di absolutezza, ma, nel contempo, è suscettibile anche di conferir loro – se intesi in senso più ampio, quali estrinsecazioni della dignità umana – una certa stabilità, da una prospettiva, per così dire, neutra (né positivista né giusnaturalista), che muove dall'osservazione della loro persistenza nel corso dei millenni<sup>46</sup>.

Non vi è uguaglianza<sup>47</sup> tra il riconoscimento della libertà di opinione (anche religiosa) dell'art. 10 della Dichiarazione francese del 1789 («nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la loro manifestazione non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge»), e la proclamazione del Corano: «noi abbiamo a te rivelato la Scrittura per gli uomini, secondo Verità, e chi se ne lascerà guidare sarà a suo vantaggio, e chi devia, devia contro se stesso: e tu non hai da esser loro patrono», ma non vi è nemmeno contraddizione: si può forse immaginare la storia dei diritti umani come una linea che, parallelamente a quella del trascorrere del tempo, si ispessisce e arricchisce sempre più, dapprima, per così dire, inconsciamente e poi sempre più consciamente (con la teoria, ad esempio, di Locke).

Volendo, in conclusione, assumere quale data di nascita dei «diritti della persona umana», nel senso specificato, il XVII-XVIII secolo, si può muovere dalla proposta di «distinguere, dalla preistoria dei diritti di libertà, la vera e propria storia dei

quanto differente per formulazione» (p. 9); peraltro, Oestreich pare postulare, per così dire, la possibilità di ricondurre ad un *unicum* espressioni differenti, partendo comunque da un connotato condiviso, che di per sé esclude alcune forme di riconoscimento della dignità umana: «l'assicurazione giuridica».

<sup>46</sup> Per uno sviluppo di tali considerazioni vedi *infra*, laddove si discute del problema del fondamento dei diritti umani (parte I, cap. II).

<sup>47</sup> Al più, somiglianza o equivalenza, se si adotta una concezione ampia di «diritti della persona umana».

diritti dell'uomo»<sup>48</sup>, sottolineando comunque la presenza di una continuità fra storia e preistoria<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 9.

Nel senso che è solo a partire dal XVII-XVIII secolo che si viene a delineare in maniera compiuta la nascita dei diritti dell'uomo, nonostante alcuni riconoscimenti in epoche precedenti, cfr., tra gli altri, C. SCHMITT, *Verfassungsgeschichte*, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984: «la storia dei diritti fondamentali inizia ... solo con le dichiarazioni, che nel XVIII gli Stati americani hanno posto nella motivazione della loro indipendenza dall'Inghilterra», mentre atti come la *Magna Charta* del 1215, l'*Habeas Corpus Act* del 1679 o il *Bill of Rights* del 1688 «in realtà... sono le discipline contrattuali o legislative dei diritti dei cittadini o dei baroni inglesi, che nel graduale sviluppo hanno assunto il carattere dei principi moderni, ma non corrispondono al significato originario dei diritti fondamentali» (p. 212); A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, che, pur facendo risalire l'origine storica dei diritti inviolabili dell'uomo all'evoluzione del diritto inglese, afferma che «la più chiara consapevolezza del complessivo significato politico e costituzionale» di tali diritti «è riscontrabile soltanto nelle costituzioni americane della seconda metà del secolo XVIII» (p. 2); G. PUGLIESE, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, pp. 19 ss.: «sebbene la figura dei diritti dell'uomo come diritti inerenti alla persona abbia cominciato ad essere delineata solo verso la metà circa del XVII secolo» si può «in termini di storia, risalire molto più indietro nel tempo...» (p. 20); G. DALLA TORRE, *I diritti umani*, cit.: «se l'esigenza di una tutela della persona umana... rappresenta un dato ricorrente nel divenire della storia, costituendo in definitiva la ragione stessa dello stesso fenomeno giuridico...; d'altra parte il problema dei diritti fondamentali si pone, nell'esperienza culturale e politica dell'uomo, in un ben preciso momento storico, in un dato contesto politico, giuridico, economico, sociale, in un ben individuato contesto culturale. Si vuol dire in altre parole che il concetto moderno di diritti fondamentali dell'uomo nasce, nell'area culturale europea, in diretta connessione col nascere dello stato moderno nelle vesti dell'assolutismo...» (p. 529).

<sup>49</sup> ... in sintonia con l'interpretazione che sottolinea – in particolare con riguardo al modello inglese – la presenza di una linea di continuità tra l'epoca medievale e quella moderna, evidenziando, ad esempio, come nella *Magna Charta* venga accentuato, accanto all'aspetto patrimoniale, quello personale della libertà (come sicurezza dei propri beni, ma anche della propria persona): in proposito si può citare la ricostruzione di M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp.

La categoria dei “diritti della persona umana”, come posizioni giuridiche soggettive positive<sup>50</sup>, si affaccia nella storia del pensiero a partire dal XVI secolo (Vitoria, Grozio) e nel mondo del diritto positivo sul finire del XVIII secolo (le dichiarazioni francese e americana), ma innegabili sono i suoi legami con epoche precedenti, vuoi con il pensiero greco vuoi con il cristianesimo: «esisteva un’idea della dignità, della libertà o dell’uguaglianza, che troviamo dispersa qua e là in autori classici come Platone, Aristotele o san Tommaso, ma tali idee non si unificavano» nel concetto di diritti fondamentali, che nasce solo in un particolare momento della cultura giuridica e politica<sup>51</sup>.

## I.2. La nascita e l’infanzia dei diritti dell’uomo: i nonni e i padri

*«Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi... probatur primo ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali... apud omnes enim nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere...»*<sup>52</sup>

(Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis*, 1539)

17 ss., che distingue fra cultura storicistica delle libertà, che «ricerca nel medioevo la grande tradizione europea del governo moderato e limitato» e cultura individualistica, che «tende invece a chiudere seccamente il conto con il passato, a costruirsi in polemica con esso, a porre il rapporto tra moderno e medievale in termini di frattura epocale» (p. 22); e quella dello stesso G. OESTREICH, (*Storia dei diritti*, cit., p. 9), il quale, pur distinguendo la preistoria dei diritti di libertà dalla storia dei diritti dell’uomo, afferma come «tuttavia non si può ignorare che, in origine, i diritti fondamentali, sia «liberali» che sociali, eran diritti di ceto o di classe.

<sup>50</sup> Intendendo l’aggettivo «positive» nel senso che si tratta di riconoscimento di una potestà o di una facoltà, non dell’attribuzione di un onere.

<sup>51</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 95.

<sup>52</sup> Il passo riportato, tratto dalla *Relectio de Indis* di Vitoria del 1539, è citato dal testo F. DE VITORIA, *Relectio de Indis. La questione degli Indios* (1539), nell’edizione latino-italiano, curata da A. Lamacchia e ripresa dalla edicion cri-



«di tutti gli uomini e di ciascuno di essi vi è una sola definizione, ed essa è che sono razionali... tutta la stirpe degli uomini è una, e tutti gli uomini quanto alla loro creazione e alle cose naturali sono simili...»<sup>53</sup>

(Bartolomé de las Casas, *Apologética Historia*, intorno alla metà del 1500)

«i principi di quel diritto [naturale]... sono di per sé chiari, ed evidenti quasi come quelle cose che noi percepiamo coi sensi esteriori»; «madre del diritto naturale è la stessa natura umana, la quale, anche se non avessimo bisogno di nulla, ci porterebbe a desiderare i mutui rapporti di società»<sup>54</sup>

(Grozio, *Prolegomena al De jure belli ac pacis*, 1625)

«si deve considerare in quale stato si trovino naturalmente tutti gli uomini, e questo è uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri possessi e delle

tica bilingue por L. Pereña y J. M. Perez Prendes (*Relectio de Indis o libertad de los Indios*, Consejo superior de investigaciones científicas, Madrid, 1967), Levante Editori, Bari, 1996, Prima pars, Sectio tertia, *De titulis legitimis, quibus barbari potuerint venire in dicionem hispanorum*, Primus titulus, 1, p. 78.

<sup>53</sup> Il testo è citato dal volume FRA BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *La leggenda nera. Storia proibita degli spagnoli nel Nuovo Mondo*, Feltrinelli, Milano, 1972, che riporta ampie parti della *Apologética Historia*, pubblicata per la prima volta tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900 e scritta presumibilmente intorno alla metà del 1500; in particolare la citazione è ripresa dal capitolo IV, *Elogio degli indi, Di come tutte le nazioni possono essere condotte alla civiltà*, p. 64.

<sup>54</sup> La citazione è tratta – come ogni altro riferimento nel prosieguo ai *Prolegomena al De jure belli ac pacis*, da U. GROZIO, *I prolegomeni al De jure belli ac pacis*, trad. it. di S. Catalano, Palumbo, Palermo, 1948, nella specie dai paragrafi 39 (p. 73) e 16 (p. 59); quanto, invece alle citazioni che seguiranno di passi dei vari capitoli del *De iure belli ac pacis*, ci si è limitati ad indicare il Libro, il Capitolo, il paragrafo ed il numero del passo, senza far riferimento ad alcuna edizione particolare (precisando peraltro che si è utilizzata soprattutto una traduzione francese dell'opera risalente al 1729: Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par J. Barbeyrac, Amsterdam, MDCCXXIX).

*proprie persone come si crede meglio, entro i limiti della legge di natura»<sup>55</sup>*

(Locke, *Secondo trattato sul governo*, 1690)

*«i detti Lords spirituali e temporali e i Comuni... dichiarano anzitutto (come i loro antenati hanno sempre fatto in casi simili), per assicurare i loro antichi diritti e libertà:...»<sup>56</sup>*

(*Bill of rights*, Regno Unito, 1689)

La nascita dei diritti della persona umana, nel senso specificato di precise posizioni giuridiche soggettive in capo a ciascuna persona umana, è segnata, dunque, dall'adozione, sul finire del Settecento, della Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 e della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, figlie della tradizione consuetudinaria inglese<sup>57</sup>, dalla *Magna Charta* al *Bill of Rights*, e della teoria del diritto naturale.

La prima esercita la sua influenza soprattutto quanto all'individuazione concreta dei singoli diritti (basti ricordare, a partire dalla *Magna Charta* del 1215, il contenuto della *Petition of Right* del 1628, dell'*Habeas Corpus Act* del 1679, del *Bill of Rights* del 1689) e delle loro garanzie (quali quelle legate alla sovranità del Parlamento, alla separazione dei poteri, al ruolo centrale del potere giudiziario), mentre, quanto alla fonte di legittimazione dei diritti e alla loro titolarità, prevale, nelle prime dichiarazioni dei diritti dell'uomo, la filosofia sottesa alla legge naturale.

<sup>55</sup> J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo* (1690), in J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, Torino, 1982, par. 4 (p. 229).

<sup>56</sup> Segue l'elenco dei diritti.

<sup>57</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 2, che, da un lato, riscontra una «chiara consapevolezza» del significato dei diritti inviolabili dell'uomo soltanto nelle costituzioni americane della seconda metà del secolo XVIII, e, dall'altro, ricollega «la vera origine storica di quei diritti» a una particolare evoluzione del diritto inglese; similmente, cfr. G. MARSICO, *Profili storico-ricostruttivi*, cit., pp. 255-257.

I diritti inglesi, frutto della contrattazione con la monarchia e risultato evidente della sconfitta dell'assolutismo regio, nel corso dei secoli subiscono un processo di specificazione, di consolidamento e di allargamento<sup>58</sup>, ma si tratta sempre di diritti di libertà «appannaggio del solo cittadino britannico, acquisiti in circostanze concrete e in rapporto a problemi determinati, di natura politica, religiosa, sociale o economica»<sup>59</sup>. Nascono come libertà concesse dal sovrano (o, meglio, frutto di un patto con il sovrano)<sup>60</sup>, vengono ad essere considerati diritti fondamentali e azionabili anche contro i pubblici poteri, ma la loro fondazione è pur sempre particolaristica e consuetudinaria: essi sono validi ed intangibili in quanto goduti “fin da tempi immemorabili” dal popolo inglese<sup>61</sup>.

Il riconoscimento di diritti in capo a ciascun uomo, in base alla sola appartenenza al genere umano, si deve al diritto naturale, che universalizza la titolarità dei diritti e conferisce loro un fondamento assoluto, che prescinde da ogni considerazione di tempo e di spazio, per ancorarsi ad una legge naturale assunta come pre-supposto, come data e indiscutibile.

<sup>58</sup> Il progressivo allargamento della sfera dei titolari, così come la graduale “costituzionalizzazione” dei diritti, sono connessi – come sottolinea L. BACCHELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, p. 25 – alle vicende storico-politiche (quali la lotta fra i baroni e i tentativi “assolutistici” dei Tudor e degli Stuart), ai progressi economico-sociali e anche al pensiero di giuristi (quale, in particolare, Edward Coke).

<sup>59</sup> G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 47.

<sup>60</sup> Come ricorda C. H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York, 1947, trad. it. a cura di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990, Coke, al quale soprattutto si deve l'estensione dei principi della *Magna Charta*, pensava alla libertà o, meglio, alle libertà dei sudditi come protezione dal governo e ragionava in termini di diritti concreti, identificando le concrete libertà con le franchigie (p. 36).

<sup>61</sup> La *Petition of Right* del 1628 parla, ad esempio, di libertà ereditate e il *Bill of Rights* del 1689 si riferisce agli «antenati» e agli «antichi diritti e libertà».

Le teorizzazioni del diritto naturale, a partire dal Cinquecento, sviluppano in compiute costruzione teoriche ciò che Sofocle adombrava nelle parole di Antigone, laddove l'eroina greca giustificava il suo gesto (l'aver seppellito il corpo del fratello Polinice in contrasto con quanto stabilito in un decreto da Creonte, re della città) con il riferimento alle «leggi degli dei, quelle leggi non scritte e indistruttibili», che «non soltanto da oggi né da ieri ma da sempre vivono» e «nessuno sa da quando sono apparse»<sup>62</sup>. Anche le libertà degli inglesi hanno origine in tempi di cui nessuno ha memoria, ma conoscono un concreto sviluppo storico, nel corso del quale si arricchiscono e, presumibilmente, continueranno ad arricchirsi (una concezione, dunque, non assoluta, ma storica o evolutiva) e, inoltre, soprattutto, valgono per gli inglesi, non costituiscono una «*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*»<sup>63</sup>.

### I.2.1. Il “*proprium*” e l’“*appetitus societatis*” nel diritto naturale di Grozio

Padre del giusnaturalismo *moderno* viene comunemente considerato Grozio, anche se – come è stato osservato – «su ciò

<sup>62</sup> SOFOCLE, *Antigone* (V sec. a.C.), citato dalla traduzione italiana *Edipo re, Edipo a Colono, Antigone*, Garzanti, Milano, 1984, p. 184; si è già accennato nel precedente paragrafo al rapporto fra le teorie del diritto naturale del XVI-XVII secolo e l'antichità classica (nonché il primo cristianesimo); per tutti, si richiama G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., I.

<sup>63</sup> U. GROZIO, *De iure belli ac pacis* (1625), Libro I, Cap. I, par. IV, 1. Tale formula, da un lato testimonia una tendenziale universalità e, dall'altro, una «soggettivizzazione del diritto», in base alla quale «il diritto non viene più inteso come un rapporto oggettivo che lega l'uomo alle cose e agli altri uomini (*res justa*), ma come una qualità che inerisce a una persona... una facoltà di fare o di avere qualcosa» (così F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 277).

influiro­no motivi contingenti», quali il grande interesse che suscitava il diritto internazionale, che hanno fatto sì che il suo pensiero, a differenza di quello di altri suoi contemporanei o anche predecessori, divenisse, per la cultura del Seicento, «lo strumento per l'affrancamento dello spirito umano dai vincoli del dogma e la fondazione dell'etica su basi puramente umane»<sup>64</sup>.

Grozio, peraltro, pur sostenendo la presenza di un diritto naturale, razionale, che in ipotesi prescinde da Dio, non ritiene – al di là per l'appunto del campo ipotetico – che il diritto naturale non sia da ricondurre a Dio. Affermazioni come quella che il diritto naturale «*etiamsi daremus, quod sine summo scelere dare nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*»<sup>65</sup>, scontano il fatto che l'ipotesi della inesistenza di Dio o dell'inesistenza di alcun legame fra lo stesso e l'umanità, è considerata un'empietà gravissima<sup>66</sup>. Il diritto naturale è una

<sup>64</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1968, spec. pp. 99 ss. Per un giudizio negativo sulla reale portata dell'opera di Grozio e sulla sua qualifica di padre del giusnaturalismo moderno, si ricordano, per tutti, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, mentre, per una difesa del pensiero di Grozio, oltre il suo allievo Samuel Pufendorf, si può ricordare, in opposizione a Kelsen, il suo contemporaneo Ernst Cassirer (in proposito, recentemente, A. BOLAFFI, *Etica moderna e diritto naturale*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 71 ss., nonché *ivi*, i saggi di E. CASSIRER, *In difesa del diritto naturale*, pp. 91 ss., e H. KELSEN, *Diritto naturale senza fondamento*, pp. 116 ss.). Una posizione intermedia è invece espressa da chi considera Grozio una «figura di transizione», autore di una teoria che «apre la via al giusnaturalismo individualistico ma d'altra parte mantiene ancora molti tratti della tradizione medievale e della giurisprudenza umanistica» (L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 39).

<sup>65</sup> Cfr. U. GROZIO, par. 11 de i *Prolegomena* al *De iure belli ac pacis*; nell'edizione italiana del 1948, cit.: «queste cose poi, che abbiamo già detto [n.d.r.: i principi del diritto naturale], avrebbero luogo anche se concedessimo – cosa che non può essere concessa senza la più grave empietà – che Dio non esiste o che non si occupi degli affari degli uomini...» (p. 57).

<sup>66</sup> In senso critico sul supposto carattere assolutamente razionalistico e laico del pensiero di Grozio, vedi, fra gli altri, G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, spec. p. 106 («egli [n.d.r.: Grozio] sostiene soltanto, come già aveva fatto

fonte del diritto indipendente da quella «che proviene dalla libera volontà di Dio», ma «anche quello stesso diritto naturale... si può tuttavia ascrivere meritatamente a Dio, perché è stato lui che ha voluto che in noi esistessero principi siffatti»<sup>67</sup>.

I principi del diritto naturale sono «per sé chiari, ed evidenti»<sup>68</sup>, legati alla facoltà raziocinante dell'uomo e espressione di «una conseguenza procedente da principi di natura»<sup>69</sup>; quest'ultima, poi, rappresenta anche il *quid* che consente di distinguere il diritto naturale da quello delle genti: entrambi riguardano ciò che appare «essere osservato ovunque», da molti «in diversi tempi e luoghi», ma il primo è dedotto «da principi sicuri e con sicura argomentazione», il secondo «si ritiene sorto per libera volontà»<sup>70</sup>. Il diritto naturale, se pur con i limiti specificati, viene dunque distinto, da un lato, dal diritto divino, dall'altro, dallo *ius gentium*, e – pare di poter osservare – dal diritto derivato dalla tradizione, rappresentando essa al più un elemento che aiuta ad evidenziare i principi naturali, ma non una fonte degli stessi<sup>71</sup>.

San Tommaso, che il diritto positivo divino, la legge rivelata, è altra cosa dal diritto naturale, e che la validità di quest'ultimo è determinata dalla sua razionalità, indipendentemente dal fatto che questa sia, come egli non nega che sia, da far risalire come a causa ultima a Dio...»).

<sup>67</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 12 (p. 58). Analoga ambiguità è espressa nel *De jure belli ac pacis*, laddove il diritto naturale è identificato in quella norma della retta ragione «la quale ci fa conoscere che una determinata azione, secondo che sia o no conforme alla natura razionale, è moralmente necessaria oppure immorale» e, di conseguenza, «è da Dio, che è l'Autore della Natura, prescritta o vietata», ma poi si afferma anche che «il diritto naturale è immutabile, al punto che non può essere modificato neppure da Dio»: «come neppure Dio può far sì che due per due non faccia quattro, così non può far sì che ciò che per intrinseca essenza è male non sia male» (Libro I, Cap. I, par. X, 1 e 5).

<sup>68</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 39 (p. 73).

<sup>69</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 40 (p. 74).

<sup>70</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 40 (p. 74).

<sup>71</sup> Afferma Grozio: «la storia in due modi può giovare al nostro soggetto: da un lato ci offre degli esempi, dall'altro dei giudizi. Gli esempi hanno tanta

Ma quali sono le posizioni giuridiche soggettive che il diritto naturale riserva all'uomo?

La concezione groziana individua come principio base l'«*appetitus societatis*», ovvero «il bisogno sociale, cioè di una comunità – non qualsiasi, ma pacifica e ordinata, in conformità della sua [dell'uomo] intelligenza – con coloro che sono della sua stessa specie»<sup>72</sup>; dall'*appetitus societatis* discendono alcune norme, quali «l'astenersi dalle cose altrui, la restituzione di ciò che appartiene ad altri e che noi deteniamo, e del profitto che ne abbiamo tratto, l'obbligo di mantenere i patti, la riparazione del danno arrecato per propria colpa; l'incorrere in una pena meritata per la trasgressione»<sup>73</sup>, ma anche l'imposizione del rispetto della vita (intesa in senso ampio, sì da includere la stima, l'onore, la tranquillità), del corpo e della libertà<sup>74</sup>.

più autorità quanto più importanti sono i tempi e più grandi i popoli da cui son tratti... Nè sono da disprezzare i giudizi, specialmente quelli concordi, perché, come abbiamo detto, il diritto di natura viene in qualche modo comprovato in questa maniera...» (U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 46, p. 78); la tradizione e la consuetudine non fondano il diritto naturale, ma costituiscono senza dubbio un elemento importante per la sua identificazione e, non direttamente una prova della sua esistenza, ma una ri-prova della stessa. A conferma di quanto detto, si può citare anche quel passo del Libro I, Cap. I, par. XII, 1, del *De jure belli ac pacis*, nel quale si identificano due modi di provare il diritto naturale: quello *a priori* (col quale si dimostra la conformità o meno di qualche cosa con la natura razionale e sociale) e quello *a posteriori*, che, se pur senza «*certissima fide*», ma soltanto con probabilità, mostra essere diritto naturale ciò che presso tutti i popoli, o perlomeno tutti quelli più civili (n.d.r.: !), è ritenuto tale.

<sup>72</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 6 (p. 54); vedi anche il passo citato in apertura: «madre del diritto naturale è la stessa natura umana, la quale, anche se non avessimo bisogno di nulla, ci porterebbe a desiderare i mutui rapporti di società» (*ibidem*, par. 16, p. 59).

<sup>73</sup> U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 8 (p. 56).

<sup>74</sup> Per una identificazione del campo del *proprium* o del *suum*, cfr., tra gli altri, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, spec. p. 150; F. VIOLA, *Dalla natura*, cit., p. 278.

La distanza con le dichiarazioni di fine Settecento è evidente: in primo luogo, il punto di partenza è la società, la convivenza fra gli uomini, e non direttamente l'individuo, pur abbozzandosi la costruzione di una sua sfera<sup>75</sup>; in secondo luogo, vengono affermate delle norme di comportamento, più che riconosciute posizioni soggettive, e tali norme consistono sostanzialmente nella imposizione del rispetto nei confronti degli altri<sup>76</sup>, ed, in particolare, del loro *dominium* (inteso come diritto di proprietà delle cose esterne), ma anche, in generale, del loro *proprium* o *suum*, che comprende anche la facoltà di possedere beni interni (il potere su se stessi), quali quelli prima ricordati (la vita, il corpo e la libertà)<sup>77</sup>.

Grozio, dunque, introduce – ma, forse, sarebbe meglio dire sistematizza con più fortuna di altri – l'idea di un diritto comune a tutti gli uomini (universale) in virtù della loro appartenenza al genere umano (a prescindere dalla sua difficoltà a staccarsi da una particolare teologia), partendo però da un preciso presupposto, implicante non solo la natura razionale<sup>78</sup> del-

<sup>75</sup> In argomento, vedi quanto osservato da Costa circa il ruolo effettivo della società e dell'individuo nella costruzione groziana (*infra*), nonché le affermazioni di Viola relative alla soggettivizzazione del diritto (*infra*), le quali mettono in luce l'individualismo, se pur ancora agli albori e mediato attraverso la società, del pensiero groziano.

<sup>76</sup> Riprendendo quanto già detto, si ricorda come dall'imposizione di un dovere in capo ad un soggetto può farsi discendere il riconoscimento di un diritto per un altro soggetto: ancora, però, non si ha quel rovesciamento di prospettiva che è espresso nelle dichiarazioni francese o americana.

<sup>77</sup> Cfr., sul tema, F. VIOLA, *Dalla natura*, cit., p. 278, che osserva come all'origine dei diritti vi sia un'equivalenza tra libertà e proprietà: «essere liberi significa avere la signoria dei propri atti e quindi del proprio corpo», il soggetto si presenta «come identificato nel suo ruolo di *dominus*». Ciò, da un lato, rappresenta un primo passo verso un individualismo etico e giuridico, dall'altro, però, porta anche Grozio, nonostante alcune resistenze e tentennamenti in proposito, a considerare la libertà «come un bene tra gli altri, di cui si può disporre» (*ibidem*, p. 280).

<sup>78</sup> Vedi, ad esempio, il passo in cui Grozio distingue dal diritto derivante dall'*appetitus societatis*, «un altro più ampio» discendente dalla facoltà umana



l'uomo (è la ragione che mostra il diritto naturale, il giusto), ma anche quella sociale.

Si tratta, quindi, di una concezione tendenzialmente universale, ma nel contempo molto legata ad una particolare idea del *iustum* e alla centralità della società<sup>79</sup>, anche se Grozio, partendo dall'*appetitus societatis* come principio cardine, giunge alla statuizione, come regola fondamentale, del rispetto del *proprium* degli individui, allontanandosi così dalla tradizione aristotelico-tomistica<sup>80</sup>. È indubbio, infatti, che, comunque, Grozio, pur adombrando l'idea di un diritto come qualità che spetta ad ogni persona umana (vista come *dominus* di "cose", ma anche di sé), pone la convivenza sociale come un (il) fine, non quale un semplice strumento, come sarà invece nel pensiero

di «giudicare ciò che giova e ciò che nuoce», seguendo «un giudizio rettamente conformato nei limiti dell'intelligenza umana», sì che «tutto quello che ripugna in modo evidente a tale giudizio rivela che è lontano dal diritto di natura, di quella umana, s'intende» (U. GROZIO, *I Prolegomeni*, cit., par. 9, p. 56).

<sup>79</sup> In tal senso cfr., tra gli altri, L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 43 («vi è... un orizzonte "oggettivo" del giusto entro il quale lo *ius* si iscrive, che a sua volta esprime i doveri conseguenti al principio di socievolezza naturale»).

<sup>80</sup> Così P. COSTA, *Civitas*, cit., che, in una interessante analisi del pensiero di Grozio (pp. 141 ss.), osserva come nella costruzione groziana «la socialità si traduce in una regola del giusto che, definita negativamente (come ciò che non lede lo *ius*), coincide col rispetto del *proprium* degli individui. Se dunque l'*appetitus societatis* apre la sequenza, il termine che la conclude – la condizione sostantiva dell'ordine sociale – è la sfera del soggetto e la regola della sua intangibilità» (p. 154), con un'evidente, quindi, lontananza dalla tradizione aristotelico-tomistica: l'impegno attivo nei confronti del bene comune «si prosciuga nella scarna regola negativa di un divieto di invasione della sfera altrui» (p. 148) e l'ordine che ne risulta è sostanzialmente «insocievole», risolvendosi in un comportamento reciprocamente non invasivo (p. 154). L'Autore citato individua l'originalità del pensiero di Grozio, al di là di ogni discussione sulla sua vera o meno paternità nei confronti del giusnaturalismo (vedi in proposito quanto ricordato prima), proprio nell'ordine che viene configurato, che pur partendo sempre dalla socialità di aristotelica memoria, mette in luce il ruolo dell'individuo e una definizione negativa della regola di giustizia (spec. p. 154).

più individualista<sup>81</sup>, sottostante alle dichiarazioni del XVIII secolo, di Hobbes e Locke.

Prima però di passare dai “nonni” ai “padri” ideologici della dichiarazione francese e americana<sup>82</sup>, pare opportuno spendere alcune parole per due nonni, o – forse meglio – “bisnonni”: Bartolomé de Las Casas e Francisco de Vitoria. Molti altri si potrebbero citare<sup>83</sup>, ma si preferisce approfondire il pensiero di Las Casas e Vitoria, in quanto essi si sono confrontati in modo particolare – con nel loro bagaglio la concezione tendenzialmente astratta e universale del diritto naturale – con altri popoli e culture.

### I.2.2. Vitoria: “*ius migrandi*” e “*hebetes*”

Francisco de Vitoria può senza dubbio essere ricordato come un esponente della cultura scolastica del Cinquecento: la seconda scolastica – è stato osservato – si mantiene fedele alla tradizione, ma nel contempo tende a valorizzare il ruolo del soggetto, la sua

<sup>81</sup> ... ed anche meno ambiguo nel rapporto con la divinità, rapporto che rappresenta forse uno dei due aspetti (insieme alla centralità della società) che rendono problematica la definizione della teoria di Grozio come assolutamente originale e “diversa” rispetto al passato, madre del moderno giusnaturalismo.

<sup>82</sup> Senza dimenticare che esse hanno anche una “madre”: la tradizione delle *civil liberties* inglesi, degli antenati influenti (le lotte per la libertà religiosa) e una casa (la classe borghese), nonché numerosi zii, quali Pufendorf o Wolff.

<sup>83</sup> Vedi, ad esempio, Fernando e Gabriele Vázquez, Francesco Suárez, Alberico Gentili, per non risalire molto più indietro, al secolo XIII e ad uno dei più famosi pensatori del Medioevo: Tommaso d'Aquino (per un primo approccio ad alcuni degli Autori ricordati, cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., I e II); in generale, si può ricordare quanto osservato da G. MARSICO, *Profili*, cit., secondo il quale un contributo «alla lenta avanzata della teorizzazione empirica almeno dei più elementari diritti umani» avviene «a cavallo tra il XVI ed il XVII secolo ad opera di coloro che per primi tentarono la codificazione dello *jus gentium*» (p. 254).

libertà, dignità e *dominium*, associando quest'ultimo allo *ius* e percependo così il soggetto come titolare di facoltà e diritti, se pur sempre «attraverso la conferma dell'ordine verticale, della gerarchia delle potestà, del rapporto fra creatore e creatura»<sup>84</sup>.

Il *dominium* – argomenta Vitoria – spetta all'essere umano in virtù della sua condizione naturale, a prescindere dall'eventuale stato di peccatore<sup>85</sup> e/o dall'osservanza della religione (cristiana)<sup>86</sup> e compete alle creature razionali<sup>87</sup>: i “selvaggi” abitanti delle Indie, pur se peccatori e “infedeli”, possono dunque essere titolari del *dominium*, ma a condizione che siano razionali<sup>88</sup>. Ora – ammette Vitoria – i barbari possono essere riconosciuti tendenzialmente razionali («*habent pro suo modo usum rationis*») e, dunque, capaci di *dominium*<sup>89</sup>, ma nello stes-

<sup>84</sup> P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 112-115.

<sup>85</sup> Vedi F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio I, 3, laddove l'Autore argomenta la tesi che «peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium» (pp. 17 ss.).

<sup>86</sup> Cfr. F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio I, spec. 4, p. 20 («infidelitas non est impedimentum quominus aliquis sit verus dominus»).

<sup>87</sup> Dopo aver concluso che né il peccato di infedeltà né altre colpe impediscono agli indios di essere «veri domini», con la conseguenza che i cristiani non possono a tal titolo appropriarsi del loro territorio, Vitoria si chiede se gli indios siano «insensati» o «amentes» (p. 25), perché «creaturae irrationales non possunt habere dominium» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio I, 12, p. 26).

<sup>88</sup> Vedi per una sintetica ed efficace ricostruzione del pensiero di Vitoria sulla titolarità del *dominium*, P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 122-123. In generale, per un commento alla *Relectio de Indis*, con particolare riguardo al tema dell'ambito di titolarità dei diritti, cfr., tra gli altri, A. LAMACCHIA, *Francisco de Vitoria: i diritti umani nella Relectio De Indis*, in S. Biolo (a cura di), AA.VV., *L'universalità dei diritti umani e il pensiero cristiano del '500*. Contributi al XLVII Convegno del Centro di Studi Filosofici di Gallarate, settembre 1992, Rosenberg&Sellier, Torino, 1995, pp. 105 e ss. (spec. pp. 116 ss.).

<sup>89</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio I, 15, p. 29: gli indios «non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis... habent ordinem aliquem in suis rebus... habent civitates quae ordine constant...», dunque, «sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani» (16, p. 30).

so tempo sono come dei minori, bisognosi di essere guidati (e sottomessi) agli uomini pienamente razionali<sup>90</sup>.

La potenziale universalità del diritto naturale si piega alle esigenze della colonizzazione<sup>91</sup>; ancora quasi prima della loro nascita i diritti universali dell'uomo rivelano la loro ambiguità: quando veramente si tratta di verificare in concreto la loro astratta validità per qualsiasi persona umana, si trova qualche *escamotage* per inserire delle graduazioni nell'umanità della persona – pur riconosciuta tale a prescindere dalla religione e dalla cultura già dallo stesso Vitoria – che consentano di giustificare un trattamento differenziato. Per Vitoria, i «barbari» erano in stato di minorità o assimilabili agli «*amentes*»<sup>92</sup>; nel XX secolo, i non occidentali o gli appartenenti ad altre culture sono stranieri, privi della cittadinanza di uno dei Paesi considerati “doc”, e, di conseguenza, privi della titolarità o del godi-

<sup>90</sup> Riconosciuto lo status di «veri domini» agli indios, Vitoria afferma che nel caso essi siano «inepti et hebetes», «ex hac ratione et titulo posset oriri aliquod ius ad subiciendum eos» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio I, 16, p. 31).

<sup>91</sup> Cfr., in tal senso, proprio in relazione al pensiero di Vitoria, L. BACCCELLI, *Il particolarismo*, cit., che osserva come l'autore della *Relectio de Indis*, laddove «introduce, forse per primo, l'universalizzazione a tutti gli uomini dei diritti soggettivi di natura, lo fa per legittimare la conquista» (p. 38); L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997, che sottolinea come la costruzione di Vitoria rivela, «ben prima delle grandi teorizzazioni giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII, le non luminose origini dei diritti naturali e il loro ruolo di legittimazione ideologica non solo dei valori ma anche degli interessi politici ed economici del mondo occidentale» (p. 15); T. TODOROV, *La conquista*, cit., il quale rileva come Vitoria «sotto la copertura di un diritto internazionale fondato sulla reciprocità, ... fornisce in realtà una base legale alle guerre di colonizzazione» (p. 182).

<sup>92</sup> Vedi quel passo in cui Vitoria asserisce, se pur con qualche dubbio (l'affermazione in questione è riconosciuta come possibile oggetto di discussione, si parla di verosimiglianza della tesi, si fa uso del condizionale o dei verbi “sembra”, “appare”), che «barbari enim isti, licet (ut supra dictum est) non omnino sint amentes, tamen parum distant ab amentibus...» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 17, p. 97).

mento, totale o parziale, dei diritti del cittadino (l'uomo pienamente razionale o «più sapiente» di Vitoria).

Ma, allora, anche la cultura potenzialmente universalista pare in realtà essere strettamente legata – sin dalle sue origini – alla distinzione fra un “noi” e un “loro” e all’eterno principio per il quale i “noi”, detenendo la verità, devono “civilizzare” i “loro”<sup>93</sup> (sia ben chiaro: nel loro interesse!<sup>94</sup>), con il sottinteso che la cultura dei civilizzatori è superiore<sup>95</sup>. In questo senso si perpetra un vero e proprio inganno: i diritti universali sono riconosciuti a tutti in sostanza se tutti riconoscono il valore (superiore) della cultura nella quale i diritti sono nati<sup>96</sup>. I barbari –

<sup>93</sup> I “noi” sono i detentori del Bene e quindi devono diffonderlo ovunque e lottare contro il Male: uno schema semplice e dai caratteri assolutistici, che anche oggi, nel XXI secolo, diviene l’asse portante della pubblicizzazione della politica estera della più grande potenza mondiale (basti pensare alla creazione delle figura del “Cattivo”, Osama Bin Laden, e ai richiami all’Asse del Male).

<sup>94</sup> Sostiene Vitoria: «posset ergo quis dicere quod pro utilitate eorum posset principes hispani accipere administrationem illorum...», «...hoc esset non solum licitum, sed convenientissimum, immo tenerentur ad hoc principes, sicut si omnino essent infantes» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 17, p. 97), e ancora – prosegue Vitoria – un comportamento del genere potrebbe fondarsi anche «in praecepto caritatis, cum illi sunt proximi nostri et teneamur bona illorum curare» (*ibidem*, p. 98).

<sup>95</sup> Osserva T. TODOROV (*La conquista*, cit., p. 181) come nel pensiero di Vitoria non vi sia vera eguaglianza fra spagnoli e indiani, in quanto «gli spagnoli, a differenza degli indiani, non sono soltanto parte, ma anche giudice», perché, ad esempio, scelgono loro i criteri in base ai quali è tirannia il sacrificio umano, ma non il massacro, e, in generale, se e come sia lecito un intervento contro le autorità o le leggi indigene, non venendo in rilievo l’eventuale consenso di tutti i «barbari» (di Vitoria, in proposito, vedi spec. *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 14, pp. 93-94).

<sup>96</sup> Indica nella «implicita attribuzione di superiorità alla cultura matrice dei diritti» un ostacolo alla loro universalizzazione, T. PITCH, *L’antropologia dei diritti umani*, in A. Giasanti – G. Maggioni, *I diritti nascosti*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995, p. 179; osserva come «l’affermazione che i valori dell’Occidente, essendo “naturalisti”, sono quelli di ciascun uomo e di tutti gli uomini diventa vera, senza che pertanto questi valori siano più “naturalisti”. Sem-

per tornare a Vitoria – *devono accettare i diritti (naturali) delle genti (riconosciuti, se pur non in condizioni di perfetta eguaglianza, anche a loro): «si barbari vellent prohibere hispanos in supra dictis [a iure gentium, puta vel commercio vel aliis, quae dicta sunt], hispani primo debent ratione et suasionibus tollere scandalum et ostendere omni ratione se non venire ad nocendum illis... Quod si reddita ratione barbari nollent acquiescere, sed vellent vi agere, hispani possunt se defendere et omnia agere ad securitatem sua covenientia»*<sup>97</sup> e, ancora, «*si, omnibus istis tentatis, hispani non possunt consequi securitatem et pacem cum barbaris, nisi occupando civitates et subiciendo illos, licet possunt hoc etiam facere»*<sup>98</sup>.

Gli indios, «veri domini» in astratto, divengono in concreto «*hebetes*», «quasi come le fiere e le bestie», in alcuni casi servi per natura e, al più, «*infantes*», soggetti titolari di diritti naturali, che però «*possent tradi ad gubernationem sapientiorum*»: sempre – sostiene Vitoria – «*cum illa limitatione, ut fiat propter bonum et utilitatem illorum, et non tantum ad quaestum hispanorum*»<sup>99</sup>; ma che, in realtà, sottesa a tutto il discorso sia l'esigenza di legittimare gli interessi (economici e di potenza) legati alla colonizzazione è evidenziato, senza ombra di dubbio, dal catalogo dei diritti naturali ricordati da Vitoria.

I diritti che i «barbari» devono riconoscere sono sì tendenzialmente diritti di tutti, ma riguardano in primo luogo gli interessi degli Spagnoli e sono, nella loro applicazione pratica, asim-

plicemente, sono sopravvissute e sopravvivono soltanto le società che hanno almeno in parte accettato quei valori. Proprio per questo la storia retrodittiva può pretendere che tali valori fossero *in germe* nelle loro culture e che l'Occidente non ha fatto altro che rivelare a loro stesse la loro verità profonda», S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, p. 70, che in ciò individua «una verità tragica nell'umanesimo-universalismo dell'Occidente»; per un approfondimento di tali questioni si rinvia a parte II.

<sup>97</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 5, pp. 83-84.

<sup>98</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 6, p. 85.

<sup>99</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 17, p. 97.

metrici<sup>100</sup>; a dimostrazione di ciò, è sufficiente citarli: *ius peregrinandi et degendi*<sup>101</sup>, *ius commercii*<sup>102</sup>, *ius occupationis*<sup>103</sup>, *ius migrandi*<sup>104</sup>, *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*<sup>105</sup>, il dirit-

<sup>100</sup> Vedi, in tal senso, le considerazioni di L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., che nota come l'apparente universalità dei diritti delle genti «è smentita dal loro carattere vistosamente asimmetrico», essendo chiaro «il carattere concretamente disuguale di tutti questi diritti astrattamente universali: sono di fatto solo gli spagnoli a poterli esercitare –trasferendosi, occupando, dettando le leggi dello scambio disuguale- mentre gli indios ne sono unicamente le parti passive e le vittime» (pp. 1-16).

<sup>101</sup> «Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi. Probatur primo ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali...» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 1, p. 78).

<sup>102</sup> «Licet hispanis negotiari apud illos, sine patriae tamen danno, puta importantes illuc merces, quibus illi carent, et adducentes illinc vel aurum vel argentum vel alia quibus illi abundant. Nec principes eorum possunt impedire subditos suos ne exceant commercia cum hispanis nec a contrario hispanos cum illis» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 2, p. 80).

<sup>103</sup> «Si quae sunt apud barbaros communia, tam civibus quam hospitibus, non licet barbaris prohibere hispanos a communicatione et participatione illorum... Ergo si aurum in agro vel margaritae in mari aut aliud quodcumque in fluminibus non est appropriatum, iure naturali erit occupantis, sicut et pisces in mari» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 3, pp. 81-82).

<sup>104</sup> «Immo si ex aliquo hispano nascentur ibi liberi et vellent esse cives, non videtur quod possint prohiberi vel a civitate vel a commodis aliorum civium. Dico ex parentibus habentibus illic domicilium. Probatur, quia hoc videtur esse de iure gentium, ut civis dicatur et sit, qui natus est in civitate... Et confirmatur, quia cum homo sit animal civile, talis natus in una civitate non est civis alterius civitatis. Si enim non esset civis illius, non esset civis alicuius civitatis, per quod impediretur a iure naturali et gentium» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 4, pp. 82-83).

<sup>105</sup> «Christiani habent ius praedicandi et annuntiandi Evangelium in provinciis barbarorum» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 8, p. 87); a questo diritto ne sono connessi altri, quali il diritto-dovere di proteggere coloro che si convertono dai loro sovrani (*ibidem*, 12, p. 91), o la possibilità di sostituire i principi infedeli con un sovrano cristiano (*ibidem*, 13, p. 92), nonché un generale dovere per gli indios di accettare la predicazione del Vangelo (e allora non è permesso far loro guerra, anche se non intendono convertirsi) e la conversione (*ibidem*, 10 e 11, p. 89).

to-dovere della “*correctio fraterna*”<sup>106</sup> e, infine, il diritto degli *Hispanos* di agire con la forza per difendere i propri diritti<sup>107</sup>.

Alcuni di questi diritti attengono alla colonizzazione vista nel suo aspetto “materiale”, altri alla colonizzazione sotto il profilo “spirituale”, o, meglio, culturale.

Quanto ai primi – la libertà di circolazione e soggiorno, il diritto di immigrare, la libertà di commercio, ovvero tutto ciò che pertiene alla «*naturalis societatis et communicationis*»<sup>108</sup> – è chiaro che, pur riconosciuti come diritti naturali della persona umana<sup>109</sup>, sono proclamati pensando ai colonizzatori e sono diritti in concreto fruibili solo a senso unico (dagli spagnoli per recarsi nelle Indie, ma non dagli indios per recarsi in Spagna). Del resto, oggi, quando la stessa proclamazione potrebbe essere utilizzata dagli (ex) colonizzati quale fondamento di un loro diritto di immigrazione negli (ex) Paesi colonizzatori, le dichiarazioni dei diritti si limitano a riconoscere una libertà di circolazione e soggiorno (transnazionale) monca: come libertà di uscire da un Paese, ma non di entrare in un altro<sup>110</sup>.

Per quanto concerne, invece, il secondo ordine di diritti, essi possono essere definiti come diritti all’evangelizzazione, ovvero come quei diritti che forniscono una legittimazione per così dire morale alla colonizzazione: non solo essa non è illegit-

<sup>106</sup> «... *correctio fraterna est de iure naturali, sicut et dilectio. Cum ergo omnes illi sint non solum in peccatis, sed extra statum salutis, ergo ad christianos spectat corrigere et dirigere illos, immo videtur quod teneantur ad hoc*» (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 8, p. 87).

<sup>107</sup> Vedi in proposito i passi sopra citati nel testo (F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 5-6, pp. 83-85).

<sup>108</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 1, p. 77.

<sup>109</sup> Ciò, peraltro, con la precisazione che, concretamente, spesso il diritto, riconosciuto come naturale, e quindi spettante a tutti, è affermato anche testualmente proprio in riferimento agli Spagnoli (vedi, ad esempio, la formulazione ricordata sopra in nota del *ius peregrinandi et degendi* o dello *ius commercii*).

<sup>110</sup> Per un approfondimento sul punto, si rinvia a parte II, cap. III, spec. par. III.2.1.



tima (perché è un diritto della persona umana circolare e immigrare), ma assume anche un connotato positivo e appare essere oggetto di una imposizione morale<sup>111</sup>.

Le affermazioni sull'irrelevanza dello stato di grazia o di infedeltà che portano Vitoria a riconoscere la natura di «*dominus*» agli indios entrano qui in contraddizione con il riconoscimento del valore superiore della religione cristiana o, meglio, del suo valore assoluto<sup>112</sup>: il domenicano di Salamanca, a proposito della predicazione del Vangelo, usa l'espressione «*docere veritatem*» e afferma che, senza l'annunciazione del Vangelo, gli indios rimarrebbero «*extra statum salutis*»<sup>113</sup>.

I diritti delle genti di Vitoria, dunque, non solo appaiono strumentali rispetto alla legittimazione della colonizzazione, ma in realtà sono diritti di una particolare gente e di una ben determinata cultura, configurata come "la Cultura". La necessità di temperare un diritto naturale potenzialmente astratto con popoli diversi (e da sottomettere) porta ad una posizione sostanzialmente ambigua in forza della quale gli indios sono «veri domini», parte di una comune *communitas orbis*, ma sono anche un po' «*hebetes*» e un po' bambini (non vanno, quindi, maltrattati, però hanno bisogno di una "guida"). Vitoria, inoltre, come Grozio, non riesce a prescindere dal riferimento alla religione; occorreranno le lotte per la libertà religiosa in Europa perché il diritto naturale riesca ad emanciparsi dai dogmi di una assoluta verità

<sup>111</sup> Si pensi al passo sopra ricordato in nota relativo al diritto-dovere della *correctio fraterna*. Non manca, comunque, anche chi osserva come Vitoria faccia riferimento alla legge divina (allontanandosi dall'individualismo dei diritti naturali, utilizzati per legittimare la conquista) in relazione alla difesa dei diritti degli indios e alla limitazione degli effetti violenti della conquista (L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 38).

<sup>112</sup> Osserva come in Vitoria la "salvezza" cristiana sia un valore assoluto, T. TODOROV, *La conquista*, cit., p. 181, sottolineando, ad esempio, come in lui la circolazione delle idee sia solo nel senso della libertà degli Spagnoli di predicare il Vangelo agli indiani e non nel senso della libertà degli indiani di diffondere il *Popol Vuh* in Spagna.

<sup>113</sup> F. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., Prima pars, Sectio III, 8, p. 87.

divina, anche se questa emancipazione non porta di per sé l'abbandono dell'idea di "missione civilizzatrice".

### I.2.3. *Gli indios fra eguaglianza e inconsapevole "cristianità"* (Las Casas)

L'incapacità di considerare la religione cristiana una metafisica fra le tante o, perlomeno, di scindere religione e altre sfere (*in primis* quella del diritto naturale) è ancora più evidente in Bartolomé de Las Casas.

Il vescovo difensore degli indios proclama l'eguaglianza fra tutte le persone umane, al di là della loro appartenenza nazionale («tutte le nazioni del mondo sono uomini ... così che tutta la stirpe degli uomini è una»)<sup>114</sup> e riconoscendo l'esistenza di una comune natura degli uomini («di tutti gli uomini e di ciascuno di essi vi è una sola definizione, ed essa è che sono razionali: tutti hanno il loro intelletto e la loro volontà e il loro libero arbitrio...; hanno i loro cinque sensi esterni e i loro quattro interni...; hanno i principi naturali o semi per apprendere e sapere le scienze...; tutti si rallegnano del bene... e tutti respingono e aborriscono il male...»)<sup>115</sup>. Tale eguaglianza – che attiene alla sfera fisica dell'uomo, ma anche a quella riguardante la comprensione e la percezione delle cose (sia nel senso che gli uomini sono tutti esseri razionali sia nel senso che hanno una comune concezione del bene e del male) – viene proclamata in astratto, ma anche riconosciuta in concreto nei confronti degli indios<sup>116</sup> o, ad esempio, con riferimenti ai mori o ai turchi<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Cfr. B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 64.

<sup>115</sup> B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 64.

<sup>116</sup> Vedi quel passo già ricordato nel quale Las Casas riconosce che «tutti gli indiani... devono essere considerati liberi: perché in verità lo sono, in base allo stesso diritto per cui io stesso sono libero» (*Lettera al principe Filippo*, 20 aprile 1544) [citato da T. TODOROV, *La conquista*, cit., p. 196].

<sup>117</sup> Cfr., in proposito, T. TODOROV, *La conquista*, cit., pp. 196-197.

Vi è però nelle appassionate parole di Las Casas in difesa dell'eguaglianza naturale degli indios una costante – a volte sottintesa, a volte affermata esplicitamente – che inficia l'universalità e l'astrattezza del suo discorso: quando si disserta di comune natura umana si intende in realtà la comune natura umana “cristiana”. Gli uomini sono tutti razionali e dotati di libero arbitrio, in quanto sono «formati a immagine e somiglianza di Dio»<sup>118</sup> e non esiste una «intera nazione» che «non possa essere indotta, attratta e istruita in qualche buona dottrina morale, e specialmente istruita nelle cose della fede e imbevuta nella religione cristiana»<sup>119</sup>.

Degli indios si mettono in luce le virtù<sup>120</sup>, nell'intento di dimostrare che non sono esseri inferiori, ma con ciò si prova anche, in primo luogo, che hanno «grandissima attitudine a ricevere la nostra santa fede cattolica e ad acquisire costumi virtuosi»<sup>121</sup>: sono, in sostanza, inconsapevolmente, dei buoni cristiani<sup>122</sup> o, quanto meno, sono atti ad esserlo.

<sup>118</sup> B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 64.

<sup>119</sup> B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 66; vedi anche i passi ricordati in T. TODOROV, *La conquista*, cit., pp. 197-198, il quale osserva come in un primo tempo «Las Casas constata che, dal punto di vista dottrinale, la religione cristiana può essere adottata da tutti», per affermare però poi che «tutte le nazioni sono destinate alla religione cristiana».

<sup>120</sup> Gli indios sono «senza malvagità né doppiezza», «non sono superbi, né avidi o ambiziosi», «sono d'intendimento chiaro, libero e vivace», etc. (cfr. B. DE LAS CASAS, *Brevissima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), trad. it., *Brevissima relazione della distruzione delle Indie*, Mondadori, Milano, 1996, pp. 29-30); vedi anche, B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., IV. *Elogio degli indi*, pp. 30 ss.

<sup>121</sup> B. DE LAS CASAS, *Brevissima relazione*, cit., p. 30. Qui, come in altri passi, Las Casas riprende il pensiero espresso nella Bolla di papa Paolo III del 1537, laddove, ad esempio, si afferma: «chiunque possiede la natura umana ha anche l'attitudine a ricevere la medesima fede; ... ogni uomo è capace di ricevere l'insegnamento della fede» (citato da F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 16).

<sup>122</sup> Sono vari i passi in cui Las Casas valorizza gli indios insistendo, in particolare, sulla loro somiglianza con i cristiani, sulla loro vicinanza alla morale

Las Casas mostra una grande apertura verso gli «altri», sì da non rifiutare, ma “accettare” – ed anche valorizzare – costumi e usanze differenti, ma senza mettere in discussione il valore assoluto della propria cultura<sup>123</sup>; è capace di identificare i propri connazionali con i lupi e gli indios con le pecorelle<sup>124</sup>, ma non prescinde, nel confrontarsi con l’“altro”, non solo, comprensibilmente, dalle proprie categorie concettuali e di schematizzazione, ma anche dalla convinzione radicata dell’esistenza di *una* verità, *una* concezione del mondo<sup>125</sup>.

Il vescovo degli indios – per concludere – è colui che scrive di «come tutte le nazioni possono essere condotte alla civiltà», postulando così al contempo l’eguaglianza di tutti i popoli, ma

cristiana; a titolo di esempio: gli indios sono poveri e la loro povertà è volontaria («non vogliono avere né possedere più di quanto considerino necessario per passare e sostentare la vita») ed è «dottrina di Gesù Cristo che gli uomini non tesaurizzino né siano preoccupati del superfluo, ...» (B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 63), oppure, «il loro mangiare e bere quotidiano è come quello dei Santi Padri nel deserto» (*ibidem*, p. 43), o, infine, in generale, gli indios sono mansueti, dolci e umili come i buoni cristiani.

<sup>123</sup> Cfr. F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., che osserva come «Las Casas si presenta come il precursore dell'accettazione di un pluralismo di razze, religioni e culture, che cerca di indagare quanto ci sia di positivo e sia conforme alla dottrina e morale cristiana in questa diversità» (p. 25).

<sup>124</sup> «Tra questi agnelli mansueti, dotati dal loro Creatore e Fattore di tutte le qualità di cui sono andato parlando entrarono gli spagnoli, non appena ebbero notizia della loro esistenza, come lupi, come tigri e leoni crudelissimi, che fossero stati tenuti affamati per diversi giorni» (B. DE LAS CASAS, *Brevissima relazione*, cit., p. 30); altrove gli spagnoli sono paragonati anche a Satana: «si chiedano se a tali cristiani non s'addica veramente il nome di diavoli, e se dare gli indiani in affidamento ai diavoli dell'inferno sarebbe peggio che metterli nelle mani dei cristiani delle Indie» (*ibidem*, p. 133).

<sup>125</sup> Cfr. T. TODOROV, *La conquista*, cit., il quale osserva come il pensiero di Las Casas sia originale laddove «egli identifica il polo del valore (fedele) con l’«altro», e quello del disvalore con «noi», gli spagnoli», ma anche come «questa distribuzione rovesciata dei valori, prova inconfutabile della sua generosità d'animo, non attenua lo schematismo della [sua] visione» (pp. 200-201).

anche l'esistenza di una sola civiltà (quella basata sulla religione cristiana)<sup>126</sup>.

La "civiltà" non è un'esclusiva degli Spagnoli<sup>127</sup>: non vi sono «nazioni nel mondo, per rozze e incolte, selvagge e barbare, grossolane, feroci o crudeli e quasi bestiali che siano [n.d.r.: e, questo non è comunque, per Las Casas, il caso degli indios], che non possano essere persuase, guidate e condotte a tutto buon ordine e civiltà»<sup>128</sup>; la distinzione fra la «terra non coltivata, che produce facilmente erbacce e spini inutili» e quella coltivata, che «dà frutti commestibili, sani e utili», è superabile (la terra incolta «ha dentro di sé tanta virtù naturale che, lavorandola e coltivandola» può arrivare ai frutti sani e utili)<sup>129</sup>, ma i frutti sani e utili sono dei valori assoluti e dati.

Las Casas, dunque, difende i diritti<sup>130</sup> di tutte le persone umane – e, in particolare, di quelle "diverse", degli "altri", anche in contrapposizione agli appartenenti ai "suoi" – e non di-

<sup>126</sup> Come sottolinea T. TODOROV (*La conquista*, cit., pp. 202-203), Las Casas «si rifiuta di disprezzare gli altri solo perché sono diversi. Ma, subito dopo, egli fa ancora un passo e aggiunge: d'altra parte, non sono (o non saranno) diversi. Il postulato d'eguaglianza sbocca in un'affermazione di identità».

<sup>127</sup> Las Casas, fra l'altro, segue una concezione storica evolutiva e in quest'ottica osserva come «noi stessi fummo molto peggiori al tempo dei nostri antenati» (citato da T. TODOROV, *La conquista*, cit., p. 202) e, inoltre, non manca – come già ricordato – di condannare il comportamento "incivile" degli Spagnoli contemporanei, elogiando, al contrario, quello dei "selvaggi" abitanti delle Indie.

<sup>128</sup> B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., pp. 63-64.

<sup>129</sup> B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera*, cit., p. 64.

<sup>130</sup> Tra i diritti individuati da Las Casas, si possono citare – come ricorda F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., pp. 33-34 – quelli che il vescovo spagnolo elabora a partire dalla bolla di Paolo III del 1537: la proibizione dei trattamenti inumani e dello sfruttamento del lavoro; l'uguaglianza di tutte le razze umane in capacità essenziali (dignità); la condanna del genocidio e delle guerre di conquista a causa della diversità di religione; l'ammissione della propaganda religiosa, ma non dell'assoggettamento ideologico; la reintegrazione di ciò che è stato ottenuto con mezzi antiumanitari.

scrimina fra esse in base all'appartenenza etnica, come invece Vitoria, ma, al pari di Vitoria o, più di lui, non riesce a prescindere nel trattare delle cose del mondo (naturale) da Dio, anzi, la morale cristiana viene assunta quale metro di giudizio e strumento di comprensione delle culture e dei popoli: i valori universali sono quelli cristiani.

#### I.2.4. *L'emancipazione dalla teologia e il ruolo delle guerre di religione. Cenni.*

Nel '500 di Vitoria e Las Casas la nascente universalità e astrattezza dei diritti della persona umana o diviene un fenomeno recessivo quando si esce dalla cultura di riferimento (perché gli "altri" sono in sostanza "quasi" uomini, da civilizzare) oppure non riesce ad emanciparsi completamente dalla stessa, con la conseguenza che, da un lato, affiora il principio in base al quale ciascun uomo ha dei diritti al di là dell'appartenenza ad una determinata religione<sup>131</sup>, e, dall'altro, in ultima istanza viene tutto ricondotto a Dio e alla somiglianza dell'uomo con lui.

Per potersi parlare di nascita dei diritti dell'uomo, nel senso sopra specificato di precise posizioni giuridiche soggettive riconosciute in capo a ciascuna persona umana, astrattamente considerata, è necessario il compimento di ulteriori tappe nel processo di secolarizzazione e in quello di individualizzazione<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> Nella bolla papale del 1537 si legge: «stabiliamo e dichiariamo che i [predetti] *indios*, e tutti gli altri popoli che in futuro verranno scoperti dai cristiani, anche se non sono cristiani, non si possono privare delle loro proprietà, e che è lecito a essi godere della loro libertà e dei loro beni e acquisirne, né che si debbono ridurre in schiavitù» (citato da F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 17).

<sup>132</sup> Vedi G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., il quale, osservando l'ampliamento e la trasformazione dei diritti umani, nota come, nel corso del tempo, «i fondamenti cristiani dei diritti naturali scomparvero progressivamente. Sulla

Fondamentali, in particolare, per il proseguimento nel cammino dell'emancipazione del diritto naturale dalla teologia<sup>133</sup> (e dall'etica), nonché per una maggior considerazione dell'individuo come singolo isolato, appaiono elementi diversi, quali il pensiero illuministico, con il suo portato razionalista e antiecclesiastico, le lotte per la libertà religiosa, le teorizzazioni del diritto naturale di Hobbes e Locke.

La componente più discussa è quella relativa al ruolo giocato dalle guerre di religione<sup>134</sup>, sotto il duplice aspetto dell'influenza, favorevole o sfavorevole alla nascita dei diritti umani, da parte del pensiero della Riforma (si pensi a Martin Lutero e Giovanni Calvino)<sup>135</sup> e degli eventi ad essa connessi, e del gra-

sia del generale processo di deteologizzazione, che percorse la cultura europea, il diritto di natura viene scristianizzandosi; «le dottrine del diritto naturale elessero sempre più a presupposto la ragione umana e la sua autonomia morale... il concetto della *ratio* perse via via ogni collegamento, sia con la teologia, sia, infine, con l'etica»; «la personalità singola, scoperta dal Rinascimento e rivalutata dalla Riforma e dagli spiritualisti, venne... assolutizzata» (p. 37).

<sup>133</sup> Anche se – come si vedrà – non mancano persino nel Ventesimo secolo teorizzazioni del diritto naturale che in ultima istanza si rifanno ad una fondazione metafisica (cristiana), in sostanza identificando l'ordine naturale con quello divino (per alcuni esempi, quali le teorie di Cotta e Concetti, si rinvia a quanto si osserverà *infra*, parte I, cap. II, par. II.2.1).

<sup>134</sup> In proposito si può ricordare l'opinione di chi afferma come «la concezione dei diritti umani fu la risposta che l'Europa seppe dare – a suo tempo – al problema di come superare gli effetti politici delle guerre di religione» (J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 231).

<sup>135</sup> Per una ricostruzione del pensiero del protestantesimo, o, meglio, delle diverse tendenze al suo interno (nonché per una ricca bibliografia sul tema), con particolare attenzione al rapporto con il potere politico e con la libertà di coscienza, vedi S. SICARDI, *Protestantesimo, potere politico, libertà di coscienza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 1585 ss. Quanto alla libertà religiosa, in specifico, viene osservato come, al di là delle differenze fra i vari protestantesimi, essa pian piano passa da una caratterizzazione in termini strumentali rispetto alla affermazione della «retta dottrina», o da una prospettiva difensiva, all'assunzione di «un significato di principio»

do di importanza da annettere al principio di libertà religiosa nello sviluppo degli stessi.

Da un lato, infatti, c'è chi afferma che «alcune frange del protestantesimo, in special modo le sette e il calvinismo europeo-occidentale, con le lotte che sostennero per l'esistenza, contribuirono non poco alla fondazione e alla concreta attuazione dei diritti dell'uomo»<sup>136</sup>, dall'altro, chi ritiene che fu soprattutto la reazione (e la sconfitta) di dottrine, come quella calvinista, sostenitrici dell'onnipotenza divina e della predestinazione, a rendere possibile la sopravvivenza e l'evoluzione del diritto naturale<sup>137</sup>.

Quanto al rilievo della libertà religiosa nella fondazione e nel catalogo dei diritti umani, occorre citare innanzitutto la posizione di chi – e, per tutti, si ricorda Jellinek – considera la libertà di religione e di coscienza il tronco dal quale si ramificano gli altri diritti dell'individuo: «con la convinzione che ci fosse un diritto della coscienza, indipendente dallo Stato, fu tro-

(come risulta evidente in particolare nel '600 inglese) [*ibidem*, pp. 1603-1604]; sui rapporti fra diritti e protestantesimo vedi anche, con particolare attenzione alla tesi dell'origine religiosa dei diritti di Jellinek, J. LUTHER, *L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1991, pp. 329 ss., che conclude osservando come «i diritti dell'uomo non sono stati né un'invenzione della riforma, né d'altra parte una minaccia esistenziale per il protestantesimo» e come «l'idea dei diritti fondamentali ha trovato un'eco piuttosto differenziata nel mondo del protestantesimo, forse più forte nei riformati e meno forte presso i luterani» (p. 350).

<sup>136</sup> G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 32, che, comunque, evidenzia come sulla posizione occupata dalla Riforma esiste un'ampia gamma di opinioni che oscillano fra due estremi «da un lato riconducendo i diritti dell'uomo all'influenza diretta dei singoli riformatori, dall'altro negando ogni loro affinità col patrimonio spirituale della Riforma».

<sup>137</sup> In questo senso, da ultimo, cfr. A. BOLAFFI, *Etica moderna*, cit., spec. p. 78, che ricorda in proposito il pensiero di Cassirer, secondo il quale il diritto naturale moderno dovette difendersi, oltre che dalla pretesa di onnipotenza di uno Stato-Leviatano, «dall'illimitato arbitrio divino della rigida dottrina calvinista».



vato il punto, dal quale si specificano gli inalienabili diritti dell'individuo»<sup>138</sup>. Jellinek indica, a dimostrazione della sua teoria, la storia della nascente democrazia americana, dove – a suo parere – le rivendicazioni per la libertà di coscienza e di religione rivestono un ruolo fondamentale nella configurazione del riconoscimento dei diritti e della stessa forma di Stato<sup>139</sup>.

Altri, peraltro, ridimensionano la centralità del fattore religioso, considerandolo una delle radici dei diritti umani, ma non necessariamente la sola e neppure quella dominante<sup>140</sup>: comunque sia la lotta del (e contro) il protestantesimo, l'affermazione del principio di libertà religiosa<sup>141</sup>, saldano strettamente i

<sup>138</sup> G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, (1895) 1927, trad. it. (a cura di D. Nocilla), *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 104; vedi anche il passo in cui l'Autore definisce l'idea di consacrare legislativamente i diritti inalienabili e inviolabili dell'individuo di origine religiosa, e non politica, un «frutto della Riforma e delle sue lotte» (p. 94).

<sup>139</sup> Quanto a quest'ultimo punto, si da per assunta quella concezione per la quale esiste un legame stretto e imprescindibile fra forma di Stato e diritti fondamentali (in argomento, cfr. il saggio di L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 33 ss.).

<sup>140</sup> Così W. HUBER, *I diritti dell'uomo. Concetto e storia*, in *Concilium*, 1979/4, p. 26. Sul ruolo e sul riconoscimento della libertà religiosa nelle colonie americane, vedi – oltre quanto osservato *infra* –, tra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 64 (ricordato più approfonditamente *infra*); L. SWIDLER, *Diritti umani*, cit., pp. 34 ss.; G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 6 ss.

<sup>141</sup> L'affermazione del principio di libertà religiosa viene a chiudere le alterne vicende che il principio aveva conosciuto nel passato; a titolo esemplificativo, si possono ricordare due eventi, entrambi collocabili all'interno dello stesso "mondo cristiano": l'adozione dell'editto di Milano dell'imperatore Costantino del 313 d.C. («noi dunque dovremmo concedere sia ai cristiani che a tutti gli altri la libera facoltà di seguire la religione che essi desiderano») e, dopo pochi anni, l'emanazione dell'editto di Tessalonica dell'imperatore Teodosio del 380 d.C. («è nostra volontà che tutte le persone che si trovano sotto il governo dell'amministrazione della nostra clemenza pratichino la religione che il divino apostolo Pietro ha trasmesso ai romani»).

diritti dell'uomo alla storia dell'Occidente e segnano, nel contempo, la distanza da altri universi culturali, quali quello islamico<sup>142</sup>.

Ciò, tuttavia, senza dimenticare che la libertà di coscienza e di religione è strettamente legata all'emancipazione dei diritti umani dalla divinità e che la progressiva astrazione degli elementi di legittimazione dei diritti appare un elemento capace di "universalizzare" i diritti stessi, rendendone compartecipi anche altre culture, proprio in quanto costituisce – perlomeno – una presa di distanza da quell'elemento centrale di ogni cultura che è la religione<sup>143</sup>.

Si vedrà in seguito, in un'ipotetica bilancia dello sviluppo dei diritti umani, quale delle due valenze della libertà di religione (volendo semplificare, una contro l'universalità dei diritti umani e una a favore) pesa di più; per ora, tornando alla nascita dei diritti, conviene considerare l'altro processo, parallelo a quello di "scristianizzazione": il processo di "individualizzazione".

### I.2.5. *L'individualismo egocentrico di Hobbes*

Nel processo di "individualizzazione" un ruolo di primo piano è assunto dalla teoria hobbesiana: sia che si voglia collocare Hobbes all'interno della scuola del diritto naturale, sia che lo si voglia considerare il caposcuola del positivismo.

<sup>142</sup> Si vedrà in seguito se, e come, la libertà di religione, che – pur non accogliendo l'impostazione di Jellinek – è un elemento essenziale della storia dell'Occidente (ciò che, fra l'altro, dal punto di vista teorico, ha consentito di pacificare un'Europa dilaniata dalle guerre di religione) e dei diritti umani (nati e sviluppati in Occidente) oggi proclamati universali, inficia l'universalità dei diritti umani e la possibilità che altre culture si riconoscano in essi.

<sup>143</sup> Con la precisazione che, comunque, il diritto naturale, pur con le sue caratteristiche di astrattezza, è sempre una specifica filosofia, legata ad un particolare contesto sociale, culturale ed economico.

simo<sup>144</sup>, è infatti indiscutibile l'importanza della sua configurazione dell'individuo come singolo, potenzialmente in contrasto con tutti gli altri (il noto "*bellum omnium contra omnes*") e assolutamente privo di ogni "*appetitus societatis*".

Hobbes non è certo un paladino dei diritti della persona umana<sup>145</sup> (come diritti anche, in primo luogo, anteriori e con-

<sup>144</sup> Sulla questione vedi G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, che esamina, da un lato, gli elementi che portano a ritenere Hobbes un giusnaturalista, e, dall'altro, gli argomenti – da Fassò considerati «più numerosi e più validi» – «che inducono a considerarlo piuttosto l'iniziatore del positivismo giuridico, cioè della dottrina che del giusnaturalismo è l'antitesi» (p. 151, ma vedi anche pp. 145-146); fra i primi, si possono citare: la deduzione dalla ragione di tutto un sistema di norme (universali), con un procedimento quasi matematico, l'individualismo, l'assunzione del diritto naturale a fondamento e giustificazione formale della costruzione assolutistica; fra i secondi, invece, soprattutto uno: la posizione dominante assegnata all'autorità e allo Stato, che una volta costituito non incontra più alcun limite, con la conseguenza che, mentre il giusnaturalismo si richiama alla ragione contro l'autorità, per Hobbes, la fonte del diritto è l'autorità (il fine – la giustificazione dello Stato assoluto – travolge i diritti naturali dell'individuo). Sul supposto positivismo di Hobbes, cfr., ampiamente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffrè, Milano, 1962, a detta del quale Hobbes è «il primo rappresentante del positivismo giuridico inglese» (p. 46); in senso contrario, L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, 1953, trad. it. *Diritto naturale e storia*, il melangolo, Genova, 1990, spec. p. 197: «Hobbes è il classico e il fondatore della dottrina della legge naturale specificamente moderna».

<sup>145</sup> Peraltro appare degna di nota la considerazione di chi (L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., spec. pp. 195 a 197) sottolinea come con Hobbes si attua uno spostamento di accento, dai doveri naturali ai diritti naturali (prima sostanzialmente concepiti solo come derivanti dai doveri): se il desiderio di autoconservazione è la radice di ogni giustizia e morale, «il fatto etico fondamentale non è il dovere, ma il diritto; tutti i doveri sono derivanti dal fondamentale ed inalienabile diritto all'autoconservazione» e sono costringenti «solo nella misura in cui il loro adempimento non mette in pericolo la nostra conservazione», «vi è unicamente un diritto perfetto, non un dovere perfetto»; insiste sul carattere di diritto naturale – e non di principio deontico – dell'autoconservazione hobbesiana, L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., pp. 47-48.

tro lo Stato): l'uomo, in sostanza, ha un solo "diritto" naturale, «la libertà, propria di ciascun uomo, di usare come vuole il suo potere per la conservazione della sua natura, cioè della vita; e, di conseguenza, di fare tutto ciò che secondo il suo giudizio e la sua ragione riterrà essere il mezzo più adatto ad attuare quel fine»<sup>146</sup>. La ragione porta l'uomo a cercare la pace e un potere comune che la assicuri<sup>147</sup> e, a questo punto, sarà tale potere a stabilire quali sono le libertà dell'individuo<sup>148</sup>, le quali in sostanza si identificano – con la sola eccezione del diritto all'autoconservazione – con gli ambiti che il sovrano non ha regolamentato con le leggi<sup>149</sup>.

La libertà di Hobbes «non è la libertà dei singoli individui, ma la libertà dello Stato»<sup>150</sup>: la distanza dalla concezione della

<sup>146</sup> T. HOBBS, *Leviathan, or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civill* (1651), trad. it. *Leviatano*, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1998, I, 14, p. 76.

<sup>147</sup> «La prima e fondamentale legge di natura» consiste proprio – afferma Hobbes – nel «cercare la pace e conformarsi ad essa» (T. HOBBS, *Leviatano*, I, 14, pp. 77-78).

<sup>148</sup> Sul passaggio, nel pensiero di Hobbes, dalla ragione, al diritto naturale, alle leggi di natura, cfr., tra gli altri, P. COSTA, *Civitas*, cit., spec. pp. 166-168 ss., al quale si rinvia anche, in generale, per una ricca bibliografia degli scritti su Hobbes (p. 620, nota 61).

<sup>149</sup> «Poiché infatti non c'è nessuno Stato in cui siano stabilite tante regole, da determinare tutte le azioni e le parole degli uomini (ciò infatti sarebbe impossibile), ne segue di necessità che in tutte le specie di azioni, che sono state omesse dalle leggi, gli uomini sono liberi di fare ciò che la loro ragione indica come il più utile»; «la libertà del suddito risiede quindi nelle cose che il sovrano ha omesso nel regolare le sue azioni: come la libertà di comprare e concludere altre specie di contratto; di scegliere la propria residenza, la propria dieta, il proprio mestiere; di educare i figli come si pensa, e simili» (T. HOBBS, *Leviatano*, II, 21, p. 147).

Tutto ciò ovviamente significa – come è stato osservato – che «lo spazio della libertà... non [è] determinabile una volta per tutte: è il giudizio di opportunità del sovrano che ne segna i confini» (P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 180).

<sup>150</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, II, 21, p. 149. A parte il diritto di autoconservazione, le leggi del diritto naturale sono sostanzialmente inefficaci se non vengo-

persona umana come titolare di diritti (naturali o anche positivi, ma sempre nell'ottica in forza della quale lo Stato è per la persona e non vive di una sua vita al di fuori o contro la persona), è evidente; ma altrettanto chiara è la spinta di Hobbes verso una separazione del diritto dalla sfera morale (non solo, dunque, dalla teologia cristiana, ma anche, più in generale, dall'etica) e, con ciò, anche verso l'abbandono di una concezione giuridica fondata sul "dovere", nonché verso un'atomizzazione dell'immagine della società – o meglio, della convivenza – umana<sup>151</sup>.

I due elementi sono strettamente legati: una conseguenza della «guerra di tutti contro tutti è che nulla può essere ingiu-

no tradotte in leggi civili: «le leggi naturali... non sono propriamente leggi, ma qualità che dispongono gli uomini alla pace e all'obbedienza. Una volta stabilito lo Stato, e non prima, divengono effettivamente leggi, in quanto esse sono allora i comandi dello Stato, e quindi leggi civili» (T. HOBBS *Leviatano*, II, 26, p. 181); inoltre, le leggi di natura e quelle civili sono parti diverse di una stessa legge, ma il diritto di natura (la libertà naturale) pare avere un carattere recessivo, in quanto «può essere ridotto o limitato dalla legge civile», il cui fine è proprio tale limitazione, senza la quale non è possibile la pace (T. HOBBS, *Leviatano*, II, 26, p. 182). Quanto poi alla legge civile, essa viene identificata con il comando del sovrano, con l'esclusione di un ruolo autonomo del Parlamento, dei giudici o della consuetudine (sul punto, cfr., tra gli altri, L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 51).

<sup>151</sup> Osserva Compagnoni: è con Thomas Hobbes, sembra, «che si passa dai diritti corporativi a quelli individuali, come anche si consuma la separazione tra diritti naturali e concezione cristiana dell'uomo (F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 21); insiste sull'illuminismo della dottrina hobbesiana, L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit.: «quella di Hobbes è la prima dottrina che necessariamente e inequivocabilmente miri ad una società tutta "illuminata", cioè a-religiosa e atea, come soluzione del problema sociale e politico» (p. 214).

Sottolinea come «la definizione paradigmatica del diritto soggettivo in contrapposizione al diritto in senso oggettivo..., la sua attribuzione a tutti gli uomini in quanto tali, la teorizzazione dell'uguaglianza naturale» sono opera di Hobbes, ma «nel contesto di una teoria intesa a fondare la *rinuncia* ai propri diritti» (L. BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, cit., p. 206).

sto», «non trovano luogo le nozioni di diritto e di torto, di giustizia e di ingiustizia»<sup>152</sup>. «Giustizia e ingiustizia non sono facoltà del corpo né della mente», quindi, non si trovano in ciascun uomo, ma sono «qualità che si riferiscono agli uomini in società»; «i desideri, e le altre passioni dell'uomo, non sono in sé stessi un peccato, né lo sono le azioni che da tali passioni derivano, finché gli uomini non conoscono una legge che le proibisca; e le leggi non possono essere conosciute prima che siano fatte, e non possono essere fatte prima che gli uomini si siano accordati sulla persona che le deve fare»<sup>153</sup>.

Gli uomini non hanno una comune concezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto, dei loro diritti e dei loro doveri<sup>154</sup>: la loro uguaglianza consiste solo nel fatto che, non essendo la differenza fra loro tale per cui un uomo accetti la superiorità di un altro, hanno in sostanza eguaglianza di capacità, ma ciò significa che sperano tutti di attuare i propri fini, con la conseguenza che, se questi ultimi collidono con quelli di un altro, allora scoppia la guerra.

Gli uomini «non traggono piacere dalla compagnia reciproca, ma al contrario molta molestia»<sup>155</sup>, non sono «come le api e le formiche», che naturalmente vivono in società fra loro:

<sup>152</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, I, 13, p. 75. Anche l'idea di dignità umana diviene recessiva: «il *valore* di un uomo è, come per tutte le altre cose, il suo prezzo, cioè quanto si darebbe per l'uso del suo potere. Esso quindi non è assoluto, ma dipende dal bisogno e dal giudizio degli altri», mentre con «*dignità*» Hobbes intende «il valore pubblico di un uomo, cioè quello attribuitogli dallo Stato» e «indicato mediante incarichi di comando, cariche giudiziarie e impieghi pubblici; oppure mediante nomi e titoli introdotti al fine di operare tale distinzione» (T. HOBBS, *Leviatano*, I, 10, pp. 57-58).

<sup>153</sup> H. T. HOBBS, *Leviatano*, I, 13, pp. 74-75.

<sup>154</sup> Non esiste – si può ancora aggiungere – una concezione oggettiva, ma solo pulsioni individuali; è evidente la rottura con la teoria aristotelica della giustizia (su quest'ultimo punto cfr., in particolare, L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., pp. 45-46).

<sup>155</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, I, 13, p. 72.

l'accordo tra gli uomini è solo artificiale e strumentale rispetto alla propria autoconservazione<sup>156</sup>.

Il teorico dello Stato assoluto, è anche colui che fornisce una base teorica alle pretese (individualistiche) della borghesia anche e proprio contro l'assolutismo; Hobbes parla del «grande Leviatano» o del «Dio mortale»<sup>157</sup>, ma anche della «libertà di comprare e concludere altre specie di contratto; ... di scegliere il proprio mestiere...»<sup>158</sup>.

Le rivendicazioni della borghesia per un riconoscimento della libertà del singolo individuo (contro il sovrano e la struttura cetuale della società), da un lato, indubbiamente – come vedremo fra poco – trovano un sicuro aiuto nelle teorie dei diritti naturali di Locke<sup>159</sup>, ma, dall'altro lato, utilizzano anche la

<sup>156</sup> Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, II, 17, pp. 109-110. L'accordo fra gli uomini è dovuto all'assolutezza di ciascun individuo e alla potenziale distruttività del rapporto fra entità assolute, per ovviare alla quale non si può che ricorrere ad una sovranità assoluta (in proposito, vedi P. COSTA, *Civitas*, cit., spec. p. 182).

<sup>157</sup> Cfr., ad esempio, T. HOBBS, *Leviatano*, II, 17, p. 111.

<sup>158</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, II, 21, p. 147: si tratta – come ricordato *supra* in nota – delle sfere che Hobbes indica come esempi degli spazi non disciplinati dal sovrano e, dunque, di libertà. Individua una corrispondenza fra il modello di società elaborato da Hobbes e il «modello mercantile possessivo», C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, ISEDI, Milano, 1973, pp. 33 ss., che sottolinea la vicinanza del pensiero hobbesiano alla legge di mercato, ad una società ove «tutti i valori sono ridotti a valori di mercato» e «la giustizia stessa viene ridotta a un concetto mercantile» (p. 88).

<sup>159</sup> Insiste sulla presenza di un legame fra i valori borghesi e il pensiero di Locke, C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà*, cit., pp. 225 ss., che mette in luce come gli assunti di Locke hanno fornito una «base morale positiva alla società capitalistica» (p. 254), giustificando «l'appropriazione specificamente capitalistica di terra e denaro» (p. 240), ma con una minor aderenza rispetto a Hobbes, in quanto, ad esempio, il lavoro viene considerato una merce, mentre la vita senza prezzo è inviolabile (p. 252); N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, cit., nota (dissertando della storicità e della mutevolezza dei diritti umani) come «la natura umana che egli [Locke] aveva osservato era quella del borghese o del mercante del secolo XVIII» (p. 27); L.

forte spinta, data dal pensiero di Hobbes, nella direzione dell'individualismo e della centralità del profilo del diritto rispetto a quello del dovere<sup>160</sup>.

L'egocentrico individualismo hobbesiano è vicino all'esemplare umano borghese e, per lungo tempo, esercita un ruolo assolutamente dominante nella costruzione del catalogo dei diritti: solo sul finire dell'Ottocento riescono a farsi strada dei diritti collettivi e, solo nel Ventesimo secolo, nel catalogo dei diritti, compaiono i diritti sociali, e – allo stesso livello dei diritti – il principio di solidarietà, come diritto e come dovere.

STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., osserva come «la dottrina della proprietà in Locke è oggi direttamente comprensibile se la si considera come la dottrina classica dello “spirito del capitalismo”», della giustificazione dell'accumulazione della ricchezza (p. 265); G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, ricorda come, nonostante alcuni abbiano visto nella teoria di Locke sulla proprietà un preannuncio di idee socialistiche (in relazione all'elaborazione di limiti al diritto stesso), «prevale tuttavia generalmente l'interpretazione opposta, che vede nella dottrina economico-giuridico lockiana un'essenza individualisticamente liberale, giustificatrice del capitalismo e degli interessi della borghesia» (p. 218). Altri sottolineano, in particolare, lo stretto legame fra il pensiero di Locke e le vicende storico-politiche che contornano la vita dell'Autore; in tal senso, P. COSTA, *Civitas*, cit., rileva il rapporto fra la costruzione lockiana e i conflitti e le soluzioni politico-costituzionali dell'Inghilterra tardo seicentesca (p. 300), definendo i *Due trattati sul governo* «un intervento “militante”» che rappresenta, però, nel contempo «una riflessione generale sul sovrano, sull'individuo, sui suoi diritti» (p. 278); C. A. VIANO, *John Locke. Dal razionalismo all'Illuminismo*, Einaudi, Torino, 1960, ricorda come «il secondo dei *Two Treatises*, o almeno una parte di esso, può essere considerato come un testo canonico del costituzionalismo *whig*» (p. 219) e in quest'ottica esamina dettagliatamente il pensiero di Locke (spec. pp. 180 ss.), mettendo, fra l'altro, in luce come tale Autore sottintenda una concezione nuova della proprietà, «intesa come un'impresa economica produttiva, orientata alla produzione di quelle merci che i mercati raggiunti dal commercio richiedono» (p. 228; sulla concezione della proprietà, cfr., in particolare, pp. 225-240).

<sup>160</sup> Senza dimenticare che la rottura di Hobbes con la visione antropologica aristotelica, basata su una disuguaglianza naturale degli uomini, rappresenta una potenziale arma contro la divisione della società in classi sociali.



L'individualismo – di Hobbes, ma anche e soprattutto di quella che è stata l'incubatrice dei diritti (la borghesia) – segna fortemente la configurazione che oggi hanno i diritti<sup>161</sup> considerati fondamentali e universali e, probabilmente, rappresenta l'elemento che più distanzia tali diritti dalla concezione che, potenzialmente, esprimerebbero degli stessi scuole di pensiero asiatiche o africane<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Sul legame fra la classe (intesa come sistema economico, impostazione culturale, aspirazioni, etc.) della borghesia e lo sviluppo dei diritti soggettivi, cfr., fra i molti, oltre gli Autori citati *supra*, W. HUBER, *I diritti dell'uomo*, cit., il quale sottolinea il ruolo dell'individualismo possessivo borghese nella formulazione originaria dei diritti dell'uomo, pur negando che ogni diritto sia riconducibile alle rivendicazioni borghesi o che non abbia valore al di fuori dell'epoca borghese (pp. 28-29); G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., che lega capitalismo, rivoluzione industriale, volontà di affermazione, economica e politica, della borghesia e diritti soggettivi (pp. 97 ss.), definendo l'individualismo «la vera forma di realizzazione dell'uomo borghese, la cui aspirazione è quella di farsi protagonista della storia» (p. 113).

Peraltro, la costruzione dei diritti soggettivi come strumento di ascesa della borghesia, non osterebbe di per sé ad un loro sviluppo al di fuori (ed anche contro) tale ambito originario, e ad un successivo utilizzo del loro potenziale di liberazione da parte di altri gruppi sociali; in proposito cfr., ad esempio, Peces-Barba, il quale, pur evidenziando – come detto – il legame tra la classe borghese e i diritti individuali, osserva anche che «come i personaggi di Pirandello, questi diritti finiscono per rendersi indipendenti dai loro autori» (G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 100).

<sup>162</sup> Interessante è, a questo proposito, l'analisi di Max WEBER (*Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981) che sottolinea la connessione fra lo sviluppo dei diritti soggettivi e gli interesse borghesi nell'ambito del superamento di una struttura caratterizzata da ceti e privilegi, in favore di un diritto univoco e oggettivo, capace di «funzionare in modo calcolabile» (p. 161), e, di conseguenza, la limitazione all'Occidente di tutto il processo (cfr. spec. p. 189); per un approfondimento di questi profili del pensiero weberiano, cfr. L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., pp. 23-24. L'analisi di Weber sembrerebbe rispondere negativamente alla domanda circa una possibile valenza universale dei diritti o, comunque, circa la possibilità di un'estensione degli stessi al di fuori dell'ambito socio-economico di origine; recentemente, ritiene impossibile universalizzare i diritti se essi sono legati al

### I.2.6. *Locke: individualismo mite e diritti naturali (pre-statali e a-statali)*

Individualista è anche la visione di Locke, che, però, non insiste tanto – come Hobbes – sul profilo egoistico ed assoluto del diritto dell'uomo alla propria vita (che – come detto – si traduce nell'altrettanto egoistico ed assoluto diritto dello Stato), ma articola una serie di diritti naturali, dote di ciascuna persona umana nello stato di natura e, dunque, prima e a prescindere dalla formazione di una comunità politica.

La teoria di Locke viene spesso presentata come antitetica rispetto a quella hobbesiana e, senza dubbio, presenta alcune asserzioni in aperta contraddizione con il pensiero di Hobbes, ma, per altri aspetti, appare invece quasi uno sviluppo della stessa, una sua versione mitigata.

Emblematica a questo proposito è l'immagine dello stato di natura: Locke dipinge uno stato di «perfetta libertà» e di eguaglianza<sup>163</sup>, uno stato in cui governa la ragione e nel quale gli uomini sono «uguali ed indipendenti» e tenuti a rispettare ogni altro uomo «nella vita, nella salute, nella libertà o nei possessi»<sup>164</sup>, ma anche uno stato nel quale il godimento di tali diritti «è molto incerto e continuamente esposto alla violazione da parte di altri»<sup>165</sup> e dove manca un giudice imparziale che assicuri, in caso di violazione, una punizione e non una vendetta<sup>166</sup>.

modello umano dell'individualista possessivo o del consumista (nell'ambito, dunque, di un'universalismo scienista), L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti di quale uomo*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture*, cit., spec. pp. 83-84 (per un approfondimento di tali questioni, si rinvia a parte II, capp. I e II).

<sup>163</sup> Vedi J. LOCKE, *Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 4, p. 229.

<sup>164</sup> Cfr. J. LOCKE, *Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 6, p. 231.

<sup>165</sup> J. LOCKE, *Secondo trattato*, cit., cap. IX, par. 123, p. 318.

<sup>166</sup> Indica la mancanza di un giudice imparziale come «l'inconveniente maggiore dello stato di natura», N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, p. 209.

Non si tratta dello stato di guerra hobbesiano, ma neppure del mondo ideale; Locke coniuga una concezione di base ottimista e positiva della natura umana con una posizione realista dello svolgersi della vita umana<sup>167</sup>. Il risultato finale è un quadro assai più gradevole di quello hobbesiano, e che, per quel che più qui interessa, contempla una serie di diritti naturali che ampliano il concetto di autoconservazione del singolo, sostanziano un catalogo di pretese giuridiche volte a garantire il libero esplicarsi della persona umana.

Anche in questo caso, comunque, si postula come necessario il passaggio allo stato di società; tale passaggio, peraltro, non è dovuto ad una pura esigenza di conservazione, ma è costruito sulla base della presenza di una legge naturale, la quale comprende in sé una serie di prescrizioni che si traducono in altrettante posizioni giuridiche soggettive.

Ogni uomo ha alcuni diritti naturali – una sua «*property*»<sup>168</sup> – quali il diritto alla vita, alla libertà (personale e religiosa), alla proprietà, e, inoltre, il diritto alla difesa dei propri diritti, ed es-

<sup>167</sup> Vedi in argomento, N. BOBBIO, *Locke*, cit., che definisce «piuttosto ambigua» la concezione lockiana dello stato di natura (p. 204) e, in particolare, considera come il concetto di natura sia duplice, «come idea regolativa» e «come realtà effettuale della condizione umana», come idea insieme positiva e negativa. Sull'intermediatezza della concezione lockiana dello stato di natura fra un concetto negativo ed uno positivo, vedi anche C. A. VIANO, *John Locke*, cit., che ritiene lo stato di natura di Locke una tesi intermedia fra lo stato di guerra hobbesiano ed uno pacifico, in quanto tale stato «può essere uno stato di pace o di guerra» (p. 260).

<sup>168</sup> Il termine *property* è usato in alcuni casi nel senso (ristretto) che siamo soliti attribuirgli oggi, ma più spesso come sintesi di tutto ciò che riguarda l'«essere» e l'«avere» degli individui, cioè come compendio di tutti i diritti naturali (così P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 287; N. BOBBIO, *Locke*, cit., p. 218), in modo sostanzialmente simile all'uso da parte di Grozio del generico concetto di *proprium*. Ciò che è interessante notare è come, a partire dal concetto-sintesi di *proprium* o di *property*, la concreta specificazione delle specifiche posizioni giuridiche soggettive (*iura*), sia intimamente connessa alle vicende politico-economiche delle differenti epoche storiche (Grozio, in epoca coloniale, insiste

si costituiscono insieme la ragione fondante e lo scopo ultimo della comunità politica<sup>169</sup>.

Il patto sociale, fondato sul consenso dei partecipanti, che crea la comunità politica, non è un mandato libero attraverso il quale viene conferito ogni potere ad un sovrano, ma un conferimento di incarico nel quale è stabilito lo scopo (la garanzia dei diritti individuali di ciascuno), le modalità e i limiti (il rispetto dei diritti stessi) e, in caso estremo, la stessa facoltà di revoca dell'incarico (il diritto di ribellione)<sup>170</sup>.

La differenza fra Hobbes e Locke, da non sopravvalutare nella delineazione delle condizioni di partenza (violento ed egocentrico lo stato naturale di Hobbes, tendenzialmente governato dalla ragione, ma con difficoltà di applicazione delle leggi naturali, quello lockiano), si fa più evidente nella costru-

sullo *ius peregrinandi et degendi*; Locke – e questo rappresenta, fra l'altro, uno degli aspetti più originali della sua teoria – sul diritto di proprietà).

Sulla concezione lockiana del diritto di proprietà (in senso stretto), si rinvia a quanto osservato prima a proposito del legame fra Locke e i valori (borghesi) della sua epoca e, in particolare, agli scritti di C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà*, cit., pp. 229 ss.; L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., pp. 253 ss.; N. BOBBIO, *Locke*, cit., pp. 216 ss.; C. A. VIANO, *John Locke*, cit., pp. 225 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, pp. 214 ss..

<sup>169</sup> Lo Stato immaginato da Locke ha, cioè, uno scopo essenziale: la salvaguardia della libertà e dei diritti naturali e tale fine condiziona la costruzione e le potestà dei vari organi (o poteri) dello Stato stesso, nonché la sua stessa esistenza, permanendo sempre in capo agli uomini il diritto di ribellione contro uno Stato che abusi del suo potere e violi i diritti. Sul diritto di resistenza o di ribellione in Locke, cfr., fra gli altri, N. BOBBIO, *Locke*, cit., pp. 274 ss.; C. A. VIANO, *Il pensiero politico di Locke*, Laterza, Roma-Bari, 1997, spec. pp. 63 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, pp. 210 ss.

<sup>170</sup> A questo proposito si veda, ad esempio, il passo nel quale Locke precisa che il potere legislativo – che è il «potere supremo», «al quale tutti gli altri sono e devono esser subordinati» – «non è che un potere fiduciario di deliberare in vista di determinati fini», rimanendo «sempre nel popolo il potere supremo di rimuovere o alterare il legislativo, quando vede che il legislativo delibera contro la fiducia in esso riposta» (J. LOCKE, *Secondo trattato*, cit., cap. XIII, par. 149, p. 340).

zione dello stato di società (tendenzialmente assoluto lo Stato di Hobbes e liberale quello di Locke).

Al di là dei legami dei due Autori con differenti realtà politiche, ciò pare legato ad una diversa impostazione in origine del rapporto doveri e diritti: nello stato di natura hobbesiano vige un diritto assoluto, riconosciuto a ciascun uomo al di là del riconoscimento del pari diritto ad altri individui, in quello lockiano vi sono vari diritti, riconosciuti a ciascun uomo, ma nella consapevolezza che quest'ultimo deve rispettare i pari diritti degli altri uomini.

Hobbes assolutizza l'individualismo, Locke lo mitiga<sup>171</sup>; Hobbes privilegia il profilo del diritto su quello del dovere, Locke coniuga entrambi i profili<sup>172</sup>; Hobbes discorre in termini di pretese, tendenzialmente al di fuori di ogni orizzonte morale e prescrittivo, Locke inserisce i diritti degli uomini all'interno di una visione – comunque razionale e autonoma rispetto alla fede –<sup>173</sup> della giusti-

<sup>171</sup> Vedi, però, L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., che considera come la concezione lockiana della proprietà sia una espressione «ancor più “avanzata” che non la filosofia politica di Hobbes» della centralità dell'individuo, dell'*ego* (p. 267).

<sup>172</sup> In quest'ultimo senso, in particolare, si può sottolineare come Locke non consideri – come ricorda P. COSTA (*Civitas*, cit., p. 286) – i diritti solo l'ombra del dovere, ma doveri e diritti «come dimensioni complementari di una soggettività unitariamente considerata», tentando di coniugare «l'affermazione del soggetto con il rispetto del dovere e la tenuta dell'ordine».

<sup>173</sup> Locke – è vero – conquista l'autonomia della ragione (in primo luogo dalla fede) e ciò porta ad una relativizzazione del “bene” e del “male” (vedi G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., spec. p. 14), ma mantiene la presenza di alcuni parametri di riferimento, che devono essere rispettati, quali i diritti naturali.

In generale nella teoria di Locke, dagli scritti giovanili, i *Saggi sulla legge naturale*, a quelli più maturi, i *Due trattati sul governo* e il *Saggio sull'intelligenza umana*, appare ambiguo il rapporto con Dio e la legge divina; permane in Locke – come è stato osservato (G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, p. 222), la preoccupazione, «comune del resto a tutti i razionalisti del tempo, anche ai più audaci», «di ricondurre il diritto naturale come a sua causa ultima a Dio» (p. 222), anche se ciò non necessariamente comporta la riduzione della legge

zia o, meglio, del dovere (occorre rispettare i diritti altrui)<sup>174</sup>: saranno l'individualismo "buono" di Locke e i suoi diritti natu-

naturale alla legge divina, ma la razionalizzazione di quest'ultima (così G. FASSÒ, *ibidem*), con l'instaurazione di una stretta interrelazione, o addirittura identificazione, fra legge divina, legge naturale e ragione (C. A. VIANO, *John Locke*, cit., p. 91, osserva come Locke recupera «le identità tra legge naturale, legge divina e legge razionale», proprie del diritto naturale, nell'intento di stabilire con i primi due termini «le proprietà oggettive della legge di natura, cioè la sua immutabilità, universalità, indipendenza dalle decisioni umane» e, con il terzo, di «reperirne il contenuto»).

L'ambiguità nel rapporto con Dio è ciò che porta Locke a riconoscere la libertà religiosa, in quanto fatto meramente individuale, e, contemporaneamente, ad assumere una posizione intollerante nei confronti dell'ateismo [«non devono essere assolutamente tollerati quelli che negano che ci sia una divinità...» (J. LOCKE, *Epistola de Tolerantia*, 1689, trad. it. *Lettera sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 45)], in quanto «la negazione di Dio avrebbe messo in questione, con il fondamento della forza obbligatoria della legge naturale, la tenuta dell'ordine che egli aveva delineato» (P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 303); sul tema della libertà religiosa e della tolleranza in Locke, cfr., approfonditamente, C. A. VIANO, *John Locke*, cit., pp. 277 ss.

Il legame con Dio, è, infatti, fondamentale nella costruzione della legge naturale come obbligazione; in questo senso cfr. C. A. VIANO, *John Locke*, cit., spec. p. 90 e p. 98, laddove si sottolinea anche come l'insistenza sull'aspetto obbligativo risolve la questione concernente la necessità della rilevazione di una condivisione e pratica comune delle norme naturali, in quanto il modo di esistenza di tali norme «non è l'accettazione, né la pratica, ma la permanenza della loro capacità obbligatoria», permanenza che è «garantita dal rapporto indistruttibile uomo-Dio».

Sulle difficoltà inerenti al rapporto fra legge divina e legge naturale e per l'analisi di alcuni conflitti fra il contenuto della Bibbia e quello della legge naturale [quale quello concernente lo stato di natura, che sarebbe estraneo alla Bibbia (cfr., spec. p. 232)], vedi L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., pp. 219 ss., che perviene ad interpretazioni originali, insistendo sulla centralità nella dottrina lockiana del diritto alla ricerca della felicità da parte dell'uomo e sulla difficoltà di trovare invece in essa dei doveri naturali innati (cfr. spec. pp. 244-245), cioè, in sostanza, una vera e propria legge naturale (p. 237).

<sup>174</sup> La legge di natura – afferma Locke – «obbliga tutti» e «la ragione, ch'è questa legge, insegna a tutti gli uomini... che... nessuno deve recar danno ad altri nella vita, nella salute, nella libertà o nei possessi»; inoltre «sebbene... si ab-

rali<sup>175</sup> inseriti in una prospettiva deontologica a segnare le prime proclamazioni positive dei diritti (naturali), e, soprattutto, sarà l'idea di Locke dell'esistenza di diritti anche a prescindere (e contro) lo Stato a improntare la storia dei diritti.

La teorizzazione da parte del filosofo inglese di diritti di per sé connaturati all'essere umano, non legati alle proclamazioni del potere costituito, ma preesistenti ad esso, indisponibili e azionabili anche *contro* lo Stato, rappresenta senza dubbio un passo in avanti nella costruzione dei diritti della persona umana: ora sono diritti (tendenzialmente) universali, individuali, indisponibili e azionabili nei confronti di qualsiasi soggetto, privato e pubblico.

La libertà dallo Stato segna la distanza dalla tradizione contrattualistica dei diritti degli inglesi<sup>176</sup> e dall'assolutismo di

bia la libertà incontrollabile di disporre della propria persona e dei propri averi, tuttavia non si ha la libertà di distruggere né se stessi né qualsiasi creatura in proprio possesso ...» (J. LOCKE, *Secondo trattato*, cit., cap. II, par. 6, p. 231).

Riguardo a quest'ultimo punto, in particolare, è stato osservato (L. BACCCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 56) come in Locke (a differenza che in Hobbes) il principio di autoconservazione «non è più un principio fisico, ma ... è una vera e propria legge deontica»; in generale, da più parti, si sottolinea il «carattere normativo della legge di natura» lockiana (così C. A. VIANO, *John Locke*, cit., p. 257); il carattere di diritto naturale oggettivo del giusnaturalismo moderno (così G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, p. 207); la configurazione della libertà del soggetto come «sempre e comunque una libertà disciplinata» (p. 301), regolata dalla legge di natura (P. COSTA, *Civitas*, cit., spec. pp. 280 ss. e pp. 300 ss.).

<sup>175</sup> Con ciò si intende sottolineare non tanto la fortuna dei singoli diritti naturali di Locke, quanto piuttosto della teoria che li circonda, in quanto, in relazione al contenuto dei diritti, maggior specificità, senza dubbio, si trova nella tradizione costituzionalistica inglese (dalla *Magna Charta* al *Bill of rights*), e sono soprattutto i diritti elaborati da quest'ultima a costituire la base del "Catalogo" dei diritti, mentre, ad esempio, un diritto su cui Locke insiste tanto, quale quello di proprietà, non resisterà (nella sua assolutezza) alla prova del tempo, mostrando la sua storicità.

<sup>176</sup> Non manca chi osserva come la dottrina di Locke rappresenti una razionalizzazione della tradizione costituzionalistica inglese (G. GOZZI, *Democra-*

Hobbes; emerge con forza un elemento essenziale di tutte le teorie sui diritti: la volontà di sancire la loro inviolabilità da parte di qualsivoglia soggetto, privato o pubblico (nel pensiero di Locke l'inviolabilità è legata al diritto naturale, per i razionalisti può essere la loro coesistenza rispetto alla democrazia, per i positivisti il loro riconoscimento a livello costituzionale o super-costituzionale)<sup>177</sup>.

Locke – in conclusione – coniuga la preesistenza, l'assolutezza e la prescrittività del diritto naturale con una concezione individualista della persona umana, teorizzando diritti della persona umana innati e inviolabili, azionabili (si tratta quindi di precise posizioni giuridiche soggettive) di fronte ad un giudice, garantiti, nei casi specifici, da disposizioni legislative e indisponibili da parte dello Stato. Il risultato è la creazione di un quadro meno "neutro" di quello hobbesiano, più compromes-

*zia e diritti. Germania*, cit., p. 15); peraltro, se la teoria lockiana può anche essere presentata come un "rivestimento", che stabilizza, ordina, inserisce in un sistema e conferisce un'aura di inviolabilità ai diritti degli inglesi, è innegabile la presenza di differenze sostanziali fra la tradizione inglese e la scuola del diritto naturale, differenza inerente forse non tanto alla stabilità dei diritti (che nel Regno Unito è legata al loro riconoscimento sin da tempi immemorabili) quanto, piuttosto, alla loro titolarità (solo nel secondo caso universale).

Sui rapporti fra tradizione costituzionalistica inglese e scuola del diritto naturale, molto netta (nel senso del rifiuto della seconda) è la posizione di colui che è stato definito «il più strenuo difensore degli antichi principi del costituzionalismo inglese» (così M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 248), Edmund Burke (per un approfondimento della posizione di Burke vedi *infra*, parte I, cap. III, par. III.1); altri (da ultimo, cfr. L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 60), invece, rilevano come Locke rinunci alla classica fondazione dei diritti degli inglesi, cioè all'ideologia dell'*ancient constitution*, abbandonando la consuetudine e il «*parochialism*», ma recuperi «i contenuti della tradizione antiassolutistica nel nuovo quadro teorico».

<sup>177</sup> N. BOBBIO, *Locke*, cit., nota, trattando della funzione storica del giusnaturalismo, come essa consista nell'affermazione dei limiti del potere dello Stato e definisce «eterna» l'esigenza che «la vita, alcuni beni e alcune libertà dell'individuo siano protette giuridicamente contro la forza organizzata di coloro che detengono il potere» (p. 75).



so nel rapporto con l'orizzonte metafisico e morale<sup>178</sup>, ma, forse, anche e proprio per questo, più allettante, pur se, sempre proprio per questo, ne può risultare viziata l'impostazione tendenzialmente universale<sup>179</sup>.

Tutto è pronto per l'adozione delle Dichiarazioni dei diritti di fine Settecento: la concezione consuetudinaria inglese ha ormai elaborato un ricco catalogo dei diritti, le lotte per la libertà religiosa hanno contribuito a scristianizzare e universalizzare l'orizzonte giustificativo dei diritti, la volontà di affermazione della borghesia preme sempre più, il pensiero di Locke fornisce una solida base<sup>180</sup>, sia nella vicenda americana per «difendere i diritti esistenti violati dalla Corona inglese», sia in quella francese per «proclamare i diritti di libertà contro il vecchio ordine dell'Ancien Régime»<sup>181</sup>.

### I.3. *La nascita e l'infanzia dei diritti dell'uomo: le prime dichiarazioni*

*«Tutti gli uomini sono per natura ugualmente liberi e indipendenti e hanno certi diritti innati, di cui, entrando nello stato di società, essi non possono, mediante alcun patto, privare o spogliare la loro posterità; questi sono il godimento*

<sup>178</sup> Si pensi al legame con Dio e all'impostazione deontologica.

<sup>179</sup> Ma, del resto, anche la legge naturale di Hobbes, pur così "essenziale" e ridotta, non prescinde dall'assunzione di una particolare concezione dell'uomo (quella che lo identifica principalmente con la sua volontà egocentrica di autoconservazione).

<sup>180</sup> Come è stato notato, l'influsso di Locke è, ad esempio, molto evidente nella Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 che «persino negli accenti e nelle espressioni rimanda chiaramente alle teorie di John Locke» (A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 3), ma è riscontrabile, in generale, in tutte le Dichiarazioni di fine Settecento (cfr., tra gli altri, G. MARSICO, *Profili*, cit., p. 260; L. SWIDLER, *Diritti umani*, cit., p. 35).

<sup>181</sup> G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., pp. 15-16.

*della vita e della libertà, tramite l'acquisto e il possesso della proprietà, e la ricerca e il conseguimento della felicità e della sicurezza»*

(Dichiarazione dei diritti della Virginia, 12 giugno 1776)

*«i rappresentanti del popolo francese... hanno stabilito di esporre, in una Dichiarazione solenne, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo... questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»*

(Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino,  
Francia, 26 agosto 1789)

L'idea che ciascun uomo possiede una propria dote di diritti che lo Stato riconosce e *deve* riconoscere, con le Dichiarazioni della Virginia e della Francia rivoluzionaria, passa dal piano filosofico a quello del diritto positivo<sup>182</sup>. Ad ogni persona umana, in astratto, sono ascritte precise posizioni giuridiche, che i poteri dello Stato devono riconoscere e garantire: ciò che è stato in precedenza indicato come il minimo (comun denominatore) per una prima sostantivizzazione dell'espressione "diritti dell'uomo" è sancito in documenti normativi, che *ex post* possono senza dubbio rientrare nella sfera del "sostanzialmente costituzionale"<sup>183</sup>.

<sup>182</sup> Osserva Jellinek che «quando si dimostra l'origine letteraria di un'idea, non si conosce affatto con ciò anche la storia della sua importanza pratica...», in altre parole, distinte sono la filosofia della libertà e la legislazione della libertà (G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit.).

<sup>183</sup> Del resto, è la stessa Dichiarazione francese del 1789, nel sancire un (notissimo) concetto prescrittivo di «costituzione», a indicarne come elementi costitutivi «la garanzia dei diritti» e «la separazione dei poteri» (art. 16) e, sebbene sia stato autorevolmente osservato come tale affermazione «sia teoricamente e storicamente insensata», confondendo «costituzione» con «buona costituzione» (N. BOBBIO, *L'eredità della grande Rivoluzione*, in ID., *L'età dei diritti*, cit., p. 134), appare ormai largamente condivisa l'affermazione che i diritti costituiscono una parte "necessaria" di ogni costituzione.

Peraltro tali diritti, ipoteticamente qualificabili come “sostanzialmente costituzionali”<sup>184</sup> dal punto di vista del diritto positivo, sono in realtà concepiti come diritti pre-costituzionali, in quanto preesistenti alla nascita dello Stato, del quale costituiscono il «fondamento» e il «fine»<sup>185</sup>. Sono diritti positivi, istituenti precise posizioni giuridiche soggettive in capo ad ogni persona umana (seppur, come vedremo, con qualche limitazione ed ambiguità nella loro pretesa di universalità), ma tale loro carattere è intimamente legato, per non dire dipendente, dalla considerazione che essi rappresentano null'altro che la trascrizione dei diritti naturali, quelli che l'uomo possiede per il solo fatto della sua nascita e a prescindere da qualsivoglia contratto associativo e/o riconoscimento giuridico-positivo<sup>186</sup>.

Si può quindi notare che la germinazione delle posizioni soggettive, proclamate in un documento giuridico e azionabili di fronte ad un giudice, dalla sfera del “diritto naturale” inficia la loro astrattezza, in quanto le inserisce all'interno di una specifica metafisica, connotata da un proprio modo di percepire il mondo, la vita umana, l'associazione fra gli uomini, la giustizia, l'etica<sup>187</sup>. Si attua una coincidenza fra il

<sup>184</sup> ... se non addirittura super o, meglio, sovra costituzionali; si ricorda, in proposito, che nella discussione sull'opportunità di una dichiarazione e sul suo eventuale inserimento in una costituzione, prevalse l'idea di adottare prima la Dichiarazione, quasi fosse l'atto di costituzione di un popolo (sul punto cfr. N. BOBBIO, *La Rivoluzione francese e i Diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, cit., p. 89), quasi contenesse dei principi vincolanti lo stesso potere costituente.

<sup>185</sup> Vedi la Dichiarazione della Virginia: «questi diritti appartengono a lui [n.d.r.: il popolo] e alla sua posterità, come base e fondamento del governo»; «il governo è, o deve essere, istituito per la comune utilità, protezione e sicurezza del popolo, nazione o comunità»; nonché la Dichiarazione francese: «il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo» (art. 2).

<sup>186</sup> Si tratta di diritti propri dell'uomo nello stato di natura, sanciti a livello di “legge” naturale.

<sup>187</sup> Si precisa che la critica qui portata al legame dei diritti della Dichiarazione francese con il diritto naturale, se, da un lato, si inserisce nel

concetto di diritto dell'uomo e quello di diritto naturale: i diritti dell'uomo sono nelle dichiarazioni americana e francese i diritti naturali, rappresentano la loro "traduzione" nello stato di società, ma tale "traduzione" non comporta l'abbandono del testo originario; il passaggio dallo stato di natura a quello di società non è segnato dalla costruzione di un muro impenetrabile o di un fossato non più valicabile. Lo stato di società costituisce quasi una soluzione "tecnica", per risolvere le difficoltà proprie dello stato di natura, senza autonomia rispetto alle leggi di quest'ultimo. Da qui la finalizzazione della comunità politica alla tutela dei diritti, all'utilità del popolo e la previsione del diritto di resistenza, che segna il ritorno (se pur momentaneo) alla legge naturale, nonché la sua superiorità.

In sostanza, le dichiarazioni di fine Settecento possono essere considerate l'atto di nascita dei diritti dell'uomo, nel senso sopra specificato, senza però dimenticare che i diritti, in senso giuridico-normativo, che esse proclamano, rispecchiano una particolare concezione teorica, che ne influenza il modo di essere e il contenuto. Sembra quasi di poter dire che il legame di diritti delle dichiarazioni – diritti naturali sia qualcosa di più di un legame fra riconoscimento di un *quid* dal punto di vista giuridico e sua legittimazione teorica (metafisica, politica, etica, etc.) e/o sostrato (o sovrastruttura) economica, sociale, cultu-

generico filone di critiche al fondamento filosofico dei diritti da essa proclamati e che annovera fra i suoi esponenti Bentham, De Maistre, lo storicismo e, più recentemente, il positivismo giuridico (cfr. parte I, cap. III), dall'altro, si differenzia dalla posizione di molti degli Autori che vi appartengono, in quanto non si insiste sull'elemento «fantasioso» di tali diritti e, assolutamente non si sottopone a critica l'idea di un soggetto "uomo", al di là del soggetto "uomo inglese, francese, tedesco o persiano" – come ironicamente ricorda De Maistre (cfr. *infra*, parte I, cap. III, par. III.3) – o "popolo francese, inglese o tedesco", ma si contesta, in sostanza, la stessa esistenza del fondamento filosofico, in quanto è *uno* specifico fondamento filosofico.

rale<sup>188</sup>. La legittimazione non solo svolge la funzione che le è connaturata e caratterizza la formazione e la struttura del dato normativo, come qualcosa che lo precede e lo riveste, ma, in qualche caso, interviene in esso<sup>189</sup>, determinando una penetrazione diretta dell'etica nel mondo del diritto, un'efficacia giuridica dell'etica. In questo senso i diritti francesi e americani sono meno astratti dei diritti inglesi, i quali sono meno "compromessi" con una particolare percezione morale, ma il loro rinvio ad *una* tradizione culturale, alla storia di *un* popolo, esclude la loro astrattezza sotto il profilo della titolarità.

Nello stesso tempo, il trasferimento dei diritti dal "mondo naturale" a quello "giuridico-positivo" non pare in grado – soprattutto se si considera la Dichiarazione francese – di mantenere le caratteristiche di inviolabilità, indisponibilità e assolutezza dei diritti naturali.

L'assolutezza – appare ovvio – è di per sé impossibile in un contesto nel quale i diritti sono molteplici e vi sono più titolari dei diritti<sup>190</sup>, mentre l'inviolabilità e l'indisponibilità appaiono messe in pericolo dal continuo rinvio, in particolare nella Di-

<sup>188</sup> A questo proposito, si verificherà nel prosieguo se è possibile identificare una nozione di diritti dell'uomo astratta dal mondo circostante e dalle teorie sul fondamento dei diritti: una definizione "fredda", come un pianeta di ghiaccio in un vuoto spazio siderale.

<sup>189</sup> Nella formazione di una norma tendenzialmente astratta pare di dover distinguere possibili livelli di influenza, alcuni dei quali ineliminabili, dato che una norma, per quanto sia astratta e espressione di un *quid* costante nel tempo e nello spazio, è comunque pur sempre un dato concreto, storicamente e spazialmente situato.

<sup>190</sup> La relativizzazione deriva sia da ciascuno degli elementi in sé considerati (molteplicità dei diritti e pluralità dei titolari) sia dalla loro combinazione (non solo il diritto A può configgersi con il diritto B o con il diritto A di un altro individuo, ma il diritto A di un individuo X, può entrare in contrasto con il diritto B del soggetto Y).

Sulla necessità che i principi e i valori, per coesistere, perdano la loro assolutezza, in favore di una conciliazione, un bilanciamento, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., spec. p. 171.

chiarazione francese, alla legge, che mette i diritti naturali inviolabili nelle mani della *maggioranza* popolare (di un particolare Stato).

La compromissione con la metafisica della scuola del diritto naturale, allora, nella determinazione concreta del contenuto e delle garanzie dei diritti, si attenua a favore di una concezione statualistica e positivistica<sup>191</sup>. Contemporaneamente, pare di poter osservare, l'individualismo dei diritti naturali si coniuga con una concezione nella quale ciò che conta è la soggettività sociale (come centralità della volontà della società, identificata con la volontà della maggioranza) e il sostrato egoistico dell'individualismo si mitiga – perlomeno in alcune delle idee che accompagnano la Rivoluzione francese – nella visione di una volontà comune<sup>192</sup>. Tale volontà può essere con-

<sup>191</sup> In argomento si può ricordare la posizione di M. FIORAVANTI (*Appunti di storia*, I, cit.), il quale sostiene che nel caso della rivoluzione francese si assiste ad una «combinazione tra il modello individualistico e contrattualistico, da una parte, e quello statualistico dall'altra», come è dimostrato dal fatto che nella Dichiarazione dell'89, vi sono due «grandezze politico-costituzionali: l'individuo e la legge come espressione della sovranità della nazione» (p. 49). Tali grandezze non sono – sempre seguendo il pensiero di Fioravanti – opposte, anzi, l'alleanza fra le ragioni dell'individualismo e quelle dello statualismo, appare «necessaria», per combattere il passato, l'antico regime cetuale, che impediva sia l'affermazione dei diritti individuali sia quella di un potere pubblico unitario (p. 50); ciò, fra l'altro, costituisce anche una delle ragioni, per le quali la tradizione francese dei diritti non può essere di tipo storicistico (*ibidem*, p. 51).

Mette in luce, accanto alla «dipendenza dottrinale dal giusnaturalismo», la «tendenza positivista» della Dichiarazione francese, fra gli altri, anche D. COMPOSTA, *I diritti umani dal Medioevo all'età moderna*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit., p. 193.

<sup>192</sup> G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, Tipografia della gioventù, Genova, 1903, insiste sulla necessità di non interpretare in chiave esclusivamente individualista la Dichiarazione, nel senso che l'individuo non è concepito in opposizione alla società: «l'ideale della Dichiarazione è eminentemente sociale e giuridico», essa «sopra tutto ha di mira la coordinazione politica della loro [degli uomini] ugual libertà» (p. 72).

cepira nel senso della volontà generale di Rousseau, che «è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica»<sup>193</sup>, o come la somma delle singole volontà di cittadini dotati delle virtù politiche di classica memoria<sup>194</sup>: comunque sia, accanto all'interesse dell'individuo emerge quello della collettività, quasi recuperando, attraverso l'idea della cittadinanza e della rappresentanza, la tensione umana verso la socialità espressa da pensatori come Grozio, pur mantenendo sempre la distanza da una visione organicista<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Amsterdam, trad. it., dalla quale sono tratte le citazioni: J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Rizzoli, Milano, 1986, Libro II, Par. 3, p. 76. In generale, sull'influenza del pensiero di Rousseau sulla Dichiarazione francese, cfr., fra gli altri, G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit. (nonché, *ibidem*, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, l'introduzione di D. NOCILLA, spec. pp. XX ss.); G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., spec. pp. 27-29.

<sup>194</sup> G. LEFEBVRE, *Quatre-vingt-neuf* (1939), trad. it. *L'Ottantanove*, Einaudi, Torino, 1975, osserva come la Dichiarazione suppone nei cittadini «un'intenzione pura cioè lo spirito critico, il patriottismo nel senso proprio del termine..., la ragionata devozione di sé alla comunità nazionale, la virtù...» (p. 209).

<sup>195</sup> N. BOBBIO (*L'eredità*, cit., spec. pp. 127 ss.) ricorda come la concezione individualistica sia l'«antitesi radicale della concezione organicistica» – secondo la quale il tutto è anteriore alle sue parti, l'individuo è per la società e «lo scopo dell'organizzazione politica è la conservazione del tutto» (p. 128) – e che «la democrazia moderna riposa sulla sovranità non del popolo ma dei cittadini», *uti singuli*, non come corpo collettivo (come è provato, fra l'altro, dall'adozione della regola della maggioranza) (p. 129).

Anche l'importanza riconosciuta nelle Costituzioni del secondo dopoguerra alle «formazioni sociali» (basti pensare all'art. 2 della Costituzione italiana) o, ancor più, la tutela delle minoranze, di per sé non revocano in dubbio l'impostazione individualista (le formazioni sociali sono quelle che permettono lo sviluppo della personalità del singolo); qualora però vengano riconosciuti dei diritti alle formazioni sociali in sé e per sé, a prescindere dagli individui che le compongono, ed esse vengano considerate come un autonomo soggetto giuridico, si esce da una prospettiva strettamente individualista, per avvicinarsi ad una comunitarista o, quantomeno, ad una visione che contempla, accanto ai diritti degli individui, i diritti delle «comunità». In tal modo, o si entra nell'ottica di una teoria di tipo organicista, o – meglio – comunitarista,

In conclusione, dunque, e il discorso – si ripete – vale in particolare per la Dichiarazione francese – l’astrattezza e la potenziale universalità dei diritti naturali, nella loro traduzione positiva, scontano, da un lato, il legame e l’interconnessione con il diritto naturale e, dall’altro, la loro rimessione, per quanto concerne l’effettivo contenuto e la tutela, alla legge dello Stato. La Dichiarazione francese veleggia fra l’“esagerato” astrattismo metafisico del diritto naturale (una fede in una certa concezione del giusto) e l’idea razionale-realistica che alla fine ciò che è giusto (ed i diritti) possono essere stabiliti solo dagli uomini in un determinato momento storico e, tendenzialmente, solo dalla maggioranza degli uomini (quasi sconfessando in tal modo proprio l’ipotesi di una natura comune e di una unanime condivisione del concetto di giustizia e di diritti, oppure sottintendendo l’incarnazione della ragione naturale nella maggioranza stessa del popolo, alla quale, di conseguenza, è rimessa l’identificazione in concreto dei postulati della legge naturale).

o si considera una terza via, ove, accanto ai diritti degli individui, vi sono quelli degli enti collettivi.

Sulla questione dei diritti collettivi, si rinvia a quanto si osserverà *infra*, spec. in osservazioni conclusive; sul significato del pluralismo sociale, in particolare, nella Costituzione italiana, in relazione alla questione relativa all’identificazione di esso come (o prevalentemente come) un diritto individuale del singolo in quanto “associato” o, invece, come riconoscimento dei diritti delle formazioni sociali, cfr., tra gli altri, per un primo approccio, A. BARBERA, Art. 2, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, spec. pp. 109 ss., ove si dibatte la questione se «le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona... o nella misura in cui garantiscano la tutela di «*interessi diffusi*» rilevanti costituzionalmente»; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, spec. p. 17 (l’art. 2 Cost. attribuisce «alle «formazioni sociali» una posizione, nel nostro ordinamento, potenzialmente pari a quella riconosciuta all’uomo come singolo»).



### I.3.1. *In particolare: rinvio alla legge e cittadinanza nella Dichiarazione francese del 1789*

Nella Dichiarazione del 1789 – è stato osservato – si passa «dall'uomo, concetto universale, al cittadino politicamente attivo»; i diritti naturali degli uomini, con i quali si apre la Dichiarazione, portano alla sovranità della legge, formata con il consenso dei cittadini<sup>196</sup>: dall'universalità astratta (se pur all'interno di una filosofia particolare, qual è quella del diritto naturale) si scende alla concretezza e storicità della legge di uno Stato e attraverso questa, in via diretta o, più spesso, mediata dai rappresentanti<sup>197</sup>, ai cittadini, ovvero agli appartenenti ad una specifica comunità politica<sup>198</sup>.

Tale passaggio è scandito chiaramente nel testo della Dichiarazione: «...l'esercizio dei *diritti naturali* di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di quegli stessi diritti...» (art. 4), «la *legge* ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società. Tutto quello che non è vietato dalla legge non può essere impedito...» (art. 5), «la legge è l'espressione della *volontà generale*. Tutti i *cittadini* hanno il diritto di concorrere personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti alla sua formazione...» (art. 6).

La garanzia di diritti inviolabili e sacri degli individui si stempera nel rinvio alla legge; si tenta – è vero – di mettere i diritti al sicuro rispetto ad un ipotetico legislatore arbitrario e di-

<sup>196</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 66.

<sup>197</sup> Come è stato sottolineato (cfr., ad esempio, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., spec. pp. 59 ss.), i rivoluzionari francesi lasciarono aperta e irrisolta l'alternativa tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, tra sovranità del potere costituente e sovranità dei poteri costituiti.

<sup>198</sup> Per l'osservazione, di carattere generale, che, inevitabilmente, la positivizzazione dei diritti comporta la loro trasformazione in diritti dei cittadini, vedi *infra* (in questo stesso paragrafo).

spotico<sup>199</sup>, richiamando<sup>200</sup> la volontà generale nonché, alla fine, gli stessi individui titolari dei diritti (sarebbero loro, infatti, in conclusione, a formare la legge): ma proprio in quest'ultimo passaggio salta l'universalità dei diritti. Non sono gli individui titolari dei diritti a partecipare alla formazione della legge, ma i cittadini<sup>201</sup>; dunque, la garanzia dei diritti dell'uomo è in ultima istanza nelle mani dei cittadini, gli unici a poter influire sul contenuto concreto dei diritti di "tutti".

La Dichiarazione francese, anche da un punto di vista letterale e formale, è ambigua nell'uso dei termini «uomo» e «cittadino»: si pensi al titolo stesso della Dichiarazione<sup>202</sup>, nonché alla formulazione di alcuni articoli, come l'articolo 11, laddove

<sup>199</sup> Con la precisazione che, comunque, si presuppone un legislatore virtuoso, ovvero un legislatore che «*non può ledere i diritti individuali perché è necessariamente giusto*», per cui il problema non è quello di limitarlo, ma di affermare «la sua autorità come dominio della volontà generale sullo spirito di fazione» (M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 70).

<sup>200</sup> ... oltre che, ovviamente, *in extremis*, il diritto di resistenza. Nella previsione del diritto di ribellione il sostrato "naturalistico" sotteso all'idea di diritti preesistenti allo stato di società emerge con forza (se pur paradossalmente, in quanto si chiede ad uno stato di riconoscere un diritto che "serve" proprio quando non si riconosce più l'autorità dello stato; cfr. in proposito, N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., pp. 107-108) ed emargina il profilo statualistico dei diritti, postulando la prevalenza delle leggi di natura proprio anche contro le norme dello stato di società.

<sup>201</sup> Giustamente M. FIORAVANTI (*Appunti di storia*, cit., p. 71) osserva come la prima questione e la più rilevante – per la tutela dei diritti – è quella delle libertà politiche; anche G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990, sottolinea la rilevanza – in un modello, come quello francese, in cui centrale appare il potere legislativo (cfr. spec. pp. 84 ss.) – dell'organizzazione della rappresentanza (pp. 33 ss.).

<sup>202</sup> Sull'ambiguità dell'intitolazione cfr., fra gli altri, recentemente, S. DELLAVALLE, *Il problema dell'universalità dei diritti umani*, intervento al ciclo di conferenze "In difesa dei diritti umani: storia di un cinquantennio", Torino, 11/11/1999 (pubblicato, in versione ampliata: S. DELLAVALLE, *Oltre la cittadinanza. Considerazioni sulla dimensione universale dei diritti umani e sui presupposti normativi della loro attuazione*, in *Teoria politica*, 2000/1, pp. 53 ss.).

si proclama che «la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'*uomo*» e che «ogni *cittadino* può dunque parlare, scrivere e stampare liberamente, ...».

Tale ambiguità formale null'altro è che l'espressione dell'ambiguità sostanziale nell'individuazione dei titolari dei diritti stessi: diritti naturali degli uomini o diritti (legislativi) dei cittadini?

L'ambiguità appare irrisolvibile e, inoltre, in concreto "mobile": il confine fra le due categorie (uomini e cittadini), infatti, varia in relazione alla concezione della cittadinanza, ai criteri che determinano la qualificazione di un uomo come cittadino. Le teorie sulla cittadinanza, nel periodo rivoluzionario, oscillano fra una tendenza all'astrattezza e all'universalità e una tendenza, opposta, a qualificare "cittadino" solo il *bourgeois* o l'uomo virtuoso di classica memoria. Per ricordare solo alcuni Autori, si possono citare Rousseau, che fonda il suo pensiero su una concezione astratta e inclusiva della cittadinanza; Condorcet, per il quale la cittadinanza «è definitivamente sganciata da qualsiasi idea di appartenenza a una nazione e diventa universale»; o, in senso restrittivo, Sieyès, il quale riserva «lo spirito ugualitario e la spinta verso l'universalità», che distingue l'idea di *citoyenneté* dalla sudditanza dell'Ancien Régime, «alla cerchia di coloro che hanno diritto al riconoscimento di tale qualità» (i *bourgeois* appartenenti al Terzo Stato); e Robespierre, secondo cui la cittadinanza è strettamente subordinata al possesso di determinate qualità morali<sup>203</sup>.

<sup>203</sup> Per una efficace ricostruzione del pensiero degli Autori citati, cfr. E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997, pp. 187 ss.; in generale, sulla concezione della cittadinanza nella Rivoluzione francese, recentemente, vedi P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 2. *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 5 ss. Costa, in particolare, ricostruisce, trattando del rapporto fra diritti e legge, appartenenza e rappresentanza, società e sovranità, cittadinanza passiva e cittadinanza attiva, il pensiero di chi – come Sieyès – co-

In ogni caso, qualsiasi concezione della cittadinanza si intenda adottare, anche la più inclusiva, non cambia la constatazione che l'ambiguità uomo-cittadino, o il rinvio alla legge, deliberata dai rappresentanti dei cittadini, inducono a considerare la Dichiarazione francese un atto di nascita di diritti della persona umana dotati delle loro caratteristiche essenziali, ma ancora un po' deboli (di fronte alla legge) e incerti nelle loro potenzialità (la determinazione dei titolari).

Quanto poi al contenuto, ovvero ai diritti proclamati nella Dichiarazione, non sono mancate critiche – opposte a quelle di coloro che condannavano la Dichiarazione per la sua astrattezza<sup>204</sup> – tese a sottolinearne l'eccessiva concretezza e storicità, e, in particolare, il suo legame con una determinata classe sociale: i diritti dell'uomo sono in realtà i diritti dell'uomo-borghese<sup>205</sup>.

Ora – a parte l'ovvia considerazione per la quale ogni atto (anche la più astratta e razionale costruzione teorica) è inevitabilmente condizionato dall'*habitat*, inteso in senso ampio come domicilio geografico, storico, culturale, struttura economica – non si può certamente negare che le modalità di riconoscimento dei diritti<sup>206</sup>, o l'inserimento del diritto di proprietà alla pari

niuga inclusione e differenziazione, individuando gradi diversi di appartenenza ed un concetto di cittadinanza che racchiude in sé tanto l'eguaglianza («tutti i cittadini sono egualmente protetti dalla legge e titolari di diritti»), quanto la diseguaglianza («non tutti possono partecipare con la stessa intensità alla vita della associazione») (*ivi*, p. 30).

<sup>204</sup> N. BOBBIO (*La Rivoluzione francese*, cit., p. 110) sottolinea come la Dichiarazione sia stata sottoposta «a due critiche ricorrenti ed opposte: è stata accusata di eccessiva astrattezza da parte in genere dei reazionari e dei conservatori, e di eccessivo legame agli interessi di una classe particolare da parte di Marx e della sinistra in genere». Per una ricognizione delle principali critiche mosse alla Dichiarazione dalla sua proclamazione fino agli inizi del Novecento, cfr. G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., spec. pp. 49 ss.

<sup>205</sup> In questo senso, per tutti, si può ricordare Marx (per il quale si rinvia a quanto si osserverà più approfonditamente *infra*).

<sup>206</sup> Il riferimento è, in particolare, al continuo rinvio alla legge, con la precisazione, peraltro, che quest'ultimo non deve essere letto con gli occhi di chi

con quello di libertà<sup>207</sup>, siano strettamente connessi all'epoca storica nella quale nasce la Dichiarazione, alla lotta politica nei confronti dell'*Ancien Régime*<sup>208</sup> e, più in specifico, alle esigen-

vive in uno stato di diritto *costituzionale* (per cui ogni possibilità di intervento del legislatore rappresenta un *minus* di tutela rispetto alla previsione dei diritti in Costituzione), ma con gli occhi di chi vede la legge come strumento di imparzialità e di limitazione del potere del sovrano, presupponendo – come accennato prima – un legislatore virtuoso.

<sup>207</sup> L'art. 2 della Dichiarazione del 1789 cita fra i «diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», sinteticamente, «la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»; il diritto di proprietà viene definito «inviolabile e sacro» (art. 17), anche se viene comunque prevista la possibilità di una sua limitazione, in caso di «pubblica necessità».

N. BOBBIO (*La Rivoluzione Francese*, cit., p. 106) osserva come il diritto di proprietà è quello che «consegnerà alla storia la Rivoluzione dell'89 come rivoluzione borghese», ma che «contrariamente a ciò che oggi si potrebbe pensare... il diritto di proprietà fu considerato per secoli un argine, il più forte argine, al potere arbitrario del sovrano».

<sup>208</sup> «La Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 rappresentò un documento di lotta politica; essa rivendicò infatti delle libertà che erano state negate dall'ordine politico dell'antico regime» (G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., p. 16); «malgrado la forma linguistica, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 subisce l'influenza e il condizionamento della situazione storica nella quale ha origine», «reagisce di fronte ai caratteri della monarchia francese che risultavano odiosi alla borghesia in ascesa ed erano rifiutati dagli autori illuministi» (G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 133); si riferisce al carattere «storico» della Dichiarazione, G. LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., il quale considera come nella mente dei suoi autori essa fosse in particolare «destinata a condannare le pratiche dell'Antico Regime e a prevenirne il ritorno» (p. 166); insiste sulla volontà della Rivoluzione francese di instaurare un nuovo ordine sociale e politico, in opposizione a quello in senso cetuale esistente, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 49 ss.; fra gli scritti più risalenti, cfr. G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., che sottolinea il carattere non «puramente ideologico» della Dichiarazione dei diritti, in quanto «ognuno di quei diritti... significava precisamente l'abolizione di una serie di abusi divenuti oramai intollerabili, e corrispondeva pertanto a un bisogno concreto ed urgente della nazione» (pp. 19-20).

In particolare, circa la volontà, in Francia, di distruggere l'ordinamento feudale, è sufficiente leggere il Preambolo della Costituzione del 1791: «non

ze della classe sociale dominante in quel periodo. D'altra parte però non si può nemmeno misconoscere che, in una prospettiva storica, i principi dell'89 rappresentano il frutto di una elaborazione filosofica secolare<sup>209</sup> e di una altrettanto storicamente radicata tradizione pratica di carte dei diritti, e, che, in una prospettiva evolutiva, sia di breve che di lungo periodo, essi resisteranno, non solo come emblema e punto di riferimento nella lotta degli uomini per la loro dignità, ma anche proprio nel loro contenuto essenziale. Si pensi, ad esempio, alle garanzie dell'*habeas corpus*, da secoli ormai "strappate" al sovrano, o al riconoscimento della libertà di pensiero e di opinione, considerato tuttora un elemento essenziale nella definizione prescrittiva della democrazia.

La critica di tipo marxista ha il pregio di mettere in luce il volto (nascosto) dei diritti: il loro essere, al di là delle proclamazioni "generose" ed universali, uno strumento creato dai più "forti" per la loro utilità; in questo senso si può osservare come il diritto di proprietà dell'89 espliciti una funzione identica a quella dello *ius migrandi* di Vitoria. La stessa critica, però, se, da un lato, si dimostra capace di vedere oltre l'apparenza, dall'altro, appare miope, in quanto non riesce a distinguere quella che è la compromissione con il momento storico o, più precisamente, con il potere dominante, e ciò che "resta" e può venir usato proprio anche contro il potere dominante. La Rivoluzione francese, con i suoi principi, ha costituito «per circa due secoli il modello ideale per tutti coloro che combatterono

vi è né nobiltà, né paria, né distinzioni ereditarie, né distinzioni di ordini, né regime feudale... non vi è più, per nessuna parte della Nazione, né per nessun individuo, alcun privilegio o eccezione al diritto comune di tutti i Francesi».

<sup>209</sup> G. LEFEBVRE (*L'Ottantanove*, cit., p. 204), ad esempio, sottolinea come nella Dichiarazione del 1789 si riassume il movimento filosofico precedente e, in particolare, il pensiero dei filosofi fra il XVI e il XVIII secolo, il quale, peraltro, in un certo senso, si ricongiunge anche al pensiero cristiano, in quanto entrambi pongono come centrale il tema della dignità umana.

per la propria emancipazione e per la liberazione del proprio popolo»<sup>210</sup>.

I diritti – come si vedrà analizzando anche i loro ultimi sviluppi<sup>211</sup> – sono e sono sempre stati ambigui, presentando una doppia faccia<sup>212</sup>: un volto “buono”, per la loro funzione di tutela e promozione della dignità della persona umana, e uno “cattivo”, in quanto rappresentano la traduzione ideologica e l'apparato di legittimazione delle esigenze dei “potenti” del momento.

Tale loro ambiguità appare difficilmente ineliminabile: una ricognizione nel tempo e nello spazio<sup>213</sup> può servire a tentare di individuare, assumendo una prospettiva il più possibile di *tutti* (e, quindi, non strumentale rispetto ad una politica di potenza), i diritti che costituiscono universalmente uno strumento di promozione della dignità umana, con l'avvertenza, però, di non cadere, da un lato, in un ingenuo astrattismo di tipo teorico-metafisico e, dall'altro, in un'analisi incapace di vedere il significato che una proclamazione può assumere, anche a prescindere dal contesto e dal fine in relazione ai quali è stata adottata.

Proprio in relazione al superamento dell'eventuale strumentalità iniziale del riconoscimento dei diritti e all'assunzione

<sup>210</sup> N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., p. 101; ugualmente in *L'eredità*, cit., pp. 140-141, per cui, se i diritti «erano l'espressione della richiesta di limiti allo strapotere dello stato», tale richiesta, nel momento in cui veniva fatta, poteva giovare alla classe borghese, ma conservava comunque «un valore universale» (*L'eredità*, cit., p. 136). In generale, in relazione al legame dei diritti con la borghesia, ma anche per un riconoscimento del loro valore “oltre” tale legame, si rinvia a quanto già osservato *supra*, nonché agli Autori *ivi* richiamati.

<sup>211</sup> Paradigmatica in tal senso è soprattutto la nuova forma di “tutela” dei diritti: l'ingerenza umanitaria (sulla quale si rinvia a quanto si osserverà *infra*, parte II, cap. III, par.III.1.1).

<sup>212</sup> Sulla doppia anima dei diritti umani, cfr. *infra* (parte II, cap. III, spec. III.1.2).

<sup>213</sup> ... senza pretese di eternità.

di significato, al di là del valore originario, la Dichiarazione francese si impone sulle Dichiarazioni americane precedenti.

Non si vuole qui prendere posizione nella controversia diatriba sulla originalità e/o superiorità dell'una dichiarazione rispetto all'altra<sup>214</sup>, ma semplicemente sottolineare come «furo-

<sup>214</sup> In proposito sono state scritte pagine e pagine; in questa sede, per un primo approfondimento, si rinvia a N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., pp. 96-101, il quale, in particolare, sottolinea alcune differenze fra le due dichiarazioni: il termine «felicità», che nella Dichiarazione dell'89 «non è più una parola chiave del documento come era stata invece nelle carte americane» (p. 96), nonché il maggior individualismo del testo francese.

Si possono poi ricordare sinteticamente – a titolo di esempio – alcune opinioni sul tema: da chi – come G. JELLINEK (*La dichiarazione dei diritti*, cit.) – sottolinea come «i francesi hanno recepito non soltanto le idee americane, ma anche la forma con cui erano state accolte dall'altra parte dell'Oceano» (p. 61), pur non essendo ovviamente la Dichiarazione francese «una servile imitazione di quella americana» (p. 64), date le differenti condizioni politiche, a chi – come C. SCHMITT (*Dottrina*, cit.) – ritiene che «nonostante tutte le connessioni storiche» la dichiarazione francese rappresenti «qualcosa di essenzialmente diverso dalle dichiarazioni americane» (p. 214), a chi, infine, considera indubbio l'influsso dell'America nell'adozione della Dichiarazione francese e, contemporaneamente, che comunque «non è da dirsi che, senza di quella, la «Dichiarazione» francese non avrebbe visto la luce» (G. LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., p. 204). Sulla differenza di significato fra le due Dichiarazioni, generalmente, la dottrina concorda (fra gli altri, si può ricordare, recentemente, G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., p. 22, che considera le dichiarazioni americane solo il modello formale di quella francese, dotata di un significato nuovo), pur valutando diversamente l'influenza dei differenti contesti, delle teorie che circondano le varie dichiarazioni, nonché l'impatto in Francia delle Dichiarazioni americane (considerando, ad esempio, il ruolo del generale La Fayette).

Quanto alla supposta superiorità dell'una o dell'altra, la controversia sussiste sia da un punto di vista etico-politico che giuridico; dal primo punto di vista – come si vedrà – è riconosciuta, praticamente all'unanimità, la prevalenza della Dichiarazione francese, che costituisce nei secoli il “Documento” della libertà; dal secondo punto di vista, in particolare, si può ricordare come la dichiarazione francese, che inizia con la previsione dei diritti naturali degli uomini, giunga poi all'affermazione della sovranità della legge (a partire dagli arti-



no i principi dell'89 che costituirono, nel bene come nel male, un punto di riferimento obbligato per gli amici e i nemici della libertà»<sup>215</sup>.

coli successivi al quarto il riferimento alla «Legge» è costante, quasi ossessivo), mentre la tradizione costituzionale nordamericana sancisce piuttosto la supremazia dei diritti sulla legge (sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., e quanto osservato, più ampiamente, *infra*).

<sup>215</sup> N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., p. 101. Sul significato, non storicamente circoscritto della Dichiarazione dell'89, vedi anche, fra gli altri, G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., il quale individua nella Dichiarazione francese «qualcosa di più di una Dichiarazione di diritti»: «il nucleo del costituzionalismo moderno» (p. 134). Anche chi, come G. JELLINEK (*La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 111), sostiene la derivazione della Dichiarazione francese da quella americana («i principi del 1789 sono in verità i principi del 1776»), riconosce che «tuttavia questi principi sarebbero restati limitati all'America, se la Francia non li avesse accolti ed esportati. Se oggi in tutti gli Stati di moderna civiltà è legislativamente assicurato all'individuo uno stabile ambito di diritti..., è stata la Francia ad avere la parte più importante in questo risultato».

Interessante è l'impostazione di chi (C. ROSSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Einaudi, Torino, 1997) considera la Rivoluzione francese, e il trionfo della libertà che la accompagna, una tappa nel cammino della libertà, la quale si estende progressivamente a «tutta la vita sociale» e, in particolare, alla sfera economica, divenendo non «rispondente all'interesse di pochi», ma «patrimonio di tutti» (p. 90). In quest'ottica il socialismo «non è che lo sviluppo logico, sino alle sue estreme conseguenze, del principio di libertà», «è libertà che si fa per la povera gente», è un tendere verso una libertà non solo di diritto (la libertà, se non sorretta «dalla emancipazione dal morso dei bisogni essenziali, ... è un mero fantasma»), ma anche di fatto (mirando a liberare l'uomo dalla sua servitù materiale, attraverso una più equa distribuzione delle risorse) [pp. 90-91]. Il movimento socialista, in questo senso, è il portatore della «dinamica idea di libertà», la «forza pratica realizzatrice» del liberalismo (pp. 91-92), ma la «tappa del libero esame e la tappa dell'89» – non (si precisa) il liberalismo borghese, che ormai ha mummificato e privato del loro significato i principi della Rivoluzione francese – sono sempre fondamentali, sono «tappe che ad ogni generazione spetta di ripercorrere», senza di esse – afferma sempre Carlo Rosselli – «il socialismo si riduce ad un melanconico sogno di burocrati» (p. 116).

### I.3.2. *Le dichiarazioni americane: “spirito di libertà” e “spirito di religione”, supremazia della Costituzione e “inferiorità naturale dei neri”*

Le Dichiarazioni dei diritti americane, peraltro – e, in particolare, a titolo paradigmatico, quella della Virginia del 1776 –<sup>216</sup> fra i caratteri peculiari che presentano rispetto a quella francese, ne possono vantare alcuni che costituiscono ormai un dato assiomatico delle modalità di riconoscimento dei diritti.

Al di là della germinazione dalla filosofia del diritto naturale (al pari della Dichiarazione francese)<sup>217</sup>, le proclamazioni dei diritti del nuovo continente rispecchiano l’influenza esercitata dalla religiosità che permea molti coloni, animati dalla volontà di creare, riprendendo l’idea del patto fra Dio e il suo popolo, un governo e una società di “santi”<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> Differente è, in parte, il discorso sul c.d. *Bill of Rights* del 1791, che emenda la Costituzione federale degli Stati Uniti del 1787, il quale appare più “asciutto”, privo come è di ogni riferimento ad una matrice divina o naturale dei diritti, anche se non per questo meno garantista dell’inviolabilità dei diritti, dei quali viene sancita l’intoccabilità da parte della stessa volontà umana attraverso il divieto di interventi limitativi del Congresso (Emendamento I).

<sup>217</sup> Il punto di partenza è sempre l’idea che l’uomo ha dei diritti naturali, originari, che gli spettano in quanto uomo, a prescindere dalla formazione di un qualsivoglia gruppo sociale: l’art. 1 della Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 («tutti gli uomini sono per natura ugualmente liberi e indipendenti e hanno certi diritti innati») è, a questo proposito, molto chiaro e simile a quanto proclamato nel Preambolo della Dichiarazione francese («i rappresentanti del popolo francese... hanno stabilito di esporre, in una Dichiarazione solenne, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell’uomo...»). Peraltro, c’è chi osserva – S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994 – come i diritti naturali dell’uomo di cui alla Dichiarazione francese del 1789 fondano la propria validità «su un principio universale e non su privilegi e condizioni affermatasi in via consuetudinaria o riconosciuti in documenti del passato (come in Inghilterra e, in parte, negli Stati Uniti)» (pp. 298-299), sottintendendo – pare – una differenza (quantitativa?) nel recepimento della filosofia del diritto naturale.

<sup>218</sup> Sull’influenza religiosa nel modello americano dei diritti, vedi, fra gli altri, G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., pp. 130-131, il quale sottolinea come

Già Tocqueville osservava come la civiltà angloamericana fosse «il prodotto... di due elementi perfettamente distinti, che altrove si sono spesso combattuti, ma che in America si sono incorporati in certo modo l'uno nell'altro e combinati meravigliosamente. Voglio dire lo *spirito di religione* e lo *spirito di libertà*»<sup>219</sup>.

Lo «spirito di religione», se implica il rifiuto dell'intolleranza religiosa, peraltro, non conduce ad un pieno riconoscimento della libertà di religione<sup>220</sup>, in particolare in relazione all'ateismo<sup>221</sup>.

La Dichiarazione della Virginia, a differenza di quella francese che richiama semplicemente la presenza dell'«essere Su-

«l'etica che influenza i testi americani è principalmente l'etica della grazia, mentre quella che influenza il modello francese è l'etica laica della libertà» (p. 131); G. BOGNETTI, *I diritti umani nella Costituzione statunitense*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit., pp. 473 ss., che osserva come «il giusnaturalismo astrattizzante che fornì il punto di avvio ideologico alla tradizione costituzionale americana non aveva connotazioni spiccatamente secolaristiche... si trattava anzi di un pensiero legato in modo stretto (anche se non esclusivo) alla coscienza religiosa cristiana...» (p. 475); G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, pp. 299 ss.; approfonditamente, L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>219</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997, Libro I, cap. II, p. 54.

<sup>220</sup> G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., osserva, in polemica con Jellinek – il quale riconduce le dichiarazioni dei diritti dell'uomo alle rivendicazioni della libertà religiosa –, che «nelle colonie non fu mai proclamata una libertà universale di coscienza e di culto» (citando, a titolo di esempio, la dichiarazione del Massachusetts, nella quale piena libertà di religione viene riconosciuta solo ai protestanti, non ai cattolici e ai deisti) (p. 64). In generale, per un primo approccio al riconoscimento della libertà di coscienza nelle colonie, cfr., oltre gli Autori citati, da ultimo, L. CORSO, *Spirito di religione*, cit.

<sup>221</sup> Vedi, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, S. SICARDI, *Protestantesimo*, cit., p. 1606, che ricorda come il carattere non confessionale dello Stato fu voluto in America non da forze secolarizzate e antireligiose, ma dalle Chiese stesse: non, dunque, in funzione anticlericale, ma per garantire l'imparzialità dello Stato nei confronti delle varie Chiese.

premo», si riferisce alla «religione, ovvero il dovere che abbiamo verso il nostro Creatore», attribuendo un particolare valore ad essa, se pur riconoscendo che il «modo di assolverlo [il dovere verso il Creatore]» «può essere guidato solo dalla ragione e dalla convinzione» ed è dunque libero<sup>222</sup>. Come è stato osser-

<sup>222</sup> La matrice laica del modello francese rispetto a quello americano si concreta nell'articolo 10 «in cui le idee religiose si pongono piuttosto come una dimensione del pensiero e dell'opinione, senza autonomia né privilegio rispetto ad altri tipi di credenze, filosofiche, scientifiche, etc., e senza riferimenti alle Chiese né a Dio come nei testi americani» (G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 135). L'art. 10 così recita: «nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la loro manifestazione non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge».

Interessante è l'opinione espressa da Jellinek in relazione all'art. 10: egli rileva come «solo in maniera timida e nascosta l'art. 10 azzarda un cenno alla manifestazione di opinioni in campo religioso», restando «molto indietro» rispetto alla Dichiarazione americana, in quanto si limita a proclamare la tolleranza, non la libertà religiosa (G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 62). Ora – senza voler pretendere di approfondire la differenza fra tolleranza e libertà – si può osservare che la formulazione francese pare conforme, più che ad un modello di tolleranza (che, intuitivamente, si muove nell'ottica di presupporre “una verità” che ammette le altre), ad un modello di libertà, che implica l'uguaglianza e l'imparzialità nei confronti degli oggetti della libertà, vista nel suo risvolto positivo (uguaglianza degli oggetti), ma anche negativo (rifiuto dell'oggetto). Ciò che infastidisce Jellinek è che l'oggetto religione viene considerato – conformemente ad una prospettiva laica, o meglio, atea – come una qualsiasi teoria, presupponendo non l'uguaglianza fra cattolicesimo, protestantesimo, ebraismo, etc., ma fra cristianesimo e ateismo. Solo negli ultimi decenni del XX secolo, del resto, si è affermato l'orientamento secondo il quale l'ateismo è incluso nella sfera della libertà di religione, ammettendosi la libertà di non seguire alcuna religione ed anche che la professione di ateo possa essere una “religione”; ciò, peraltro – come è stato notato – non riguarda ad esempio le intese ex art. 8 Costituzione italiana (vedi A. DI GIOVINE, *Garanzie costituzionali della libertà dei non credenti*, in *Riv. giuridica sarda*, 2001/2, pp. 599 ss.).

Per alcune considerazioni e indicazioni bibliografiche sui diversi significati della libertà religiosa nelle dichiarazioni francese e americane, recentemente, cfr. D. NOCILLA, *Introduzione* a G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., pp. XXVII ss.

vato, la formulazione americana è legata alla particolare forma di contrattualismo propria delle colonie americane, che si basa sul «patto fra santi», su un rapporto di fiducia fondato sull'affidabilità dei contraenti, strettamente dipendente dal loro essere credenti, in quanto «il fedele è l'uomo morale» e, in un'ottica protestante, è anche colui che si sottomette al giudizio della comunità, «che rende pubblica la propria personalità», il che è funzionale a creare la fiducia necessaria alla realizzazione del patto sociale<sup>223</sup>.

Ovviamente poi tale matrice filosofico-religiosa delle dichiarazioni si coniuga con il loro carattere di strumento di lotta politica, in una prospettiva di tipo «tattico-propagandistica»<sup>224</sup>, in base alla quale esse forniscono una giustificazione alla secessione dall'Inghilterra (procurando la necessaria copertura alle rivendicazioni di libertà politica ed economica) e un fondamento (morale?) ai nuovi Stati.

Il contesto, dunque, nel quale nascono le dichiarazioni francesi e americane è diverso, sia per quanto concerne, in parte, il sostrato culturale-filosofico, sia per le finalità di ordine politico sottese alle rivendicazioni dei diritti (in un caso l'indipendenza dalla madrepatria, nell'altro la liberazione dalle pastoie del regime esistente)<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> Cfr. L. CORSO, *Spirito di religione*, cit., spec. p. 237 e 244.

<sup>224</sup> L'espressione è di G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 64, il quale rileva come all'origine delle dichiarazioni americane ci furono «piuttosto intendimenti profani», in quanto esse vennero formulate come strumento della lotta, politica ed economica, nei confronti della madrepatria, «in una prospettiva tattico-propagandistica».

<sup>225</sup> Insiste sulla differenza fra le vicende americane e quelle francesi e, di conseguenza, sulla diversa assunzione di significato delle dichiarazioni nei due continenti, fra gli altri, G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., spec. p. 19; G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., pp. 77 ss. sottolinea l'intento francese di rovesciare l'ordinamento esistente e, in particolare, i privilegi, rilevando come «mentre nelle dichiarazioni americane la richiesta d'uguaglianza era più fortemente connotata in senso politico-costituzionale – avendo di mira il trattamento ineguale dei coloni, costretti a pagar tasse senza disporre di rappre-

Differenti sono anche le modalità di riconoscimento dei diritti – come anticipato – nonché, in alcuni casi, il contenuto dei diritti stessi.

Quanto al primo profilo, si affaccia con le dichiarazioni americane un principio essenziale: l'idea della Costituzione e della sua supremazia rispetto alla legge<sup>226</sup>. Mentre in territorio francese si afferma che «le deliberazioni dei poteri costituiti – del potere legislativo e del potere esecutivo – potranno essere costantemente messe a confronto con lo scopo del nuovo ordine politico, ossia con la conservazione dei diritti, e solo da ciò trarranno la loro legittimazione», «ma è infine il potere legislativo che si impone»<sup>227</sup>, per cui la legge diviene «*un valore in sé*, e non un mero strumento, perché solo grazie alla sua autorità *si rendono possibili* i diritti e le libertà di tutti»<sup>228</sup>, oltremare la legge deriva dai diritti. Il potere legislativo non è visto come

sentanti al Parlamento di Londra –, la tesi dell'uguaglianza, asserita in Francia, era invece più indirizzata contro i privilegi...» (p. 84); similmente già G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., aveva osservato come gli americani «vogliono proclamare come eterno patrimonio per sé e per ogni popolo libero» ciò che già possedevano, mentre i francesi «vogliono garantire ciò che ancora non avevano...» (p. 110).

<sup>226</sup> Considera tale supremazia uno dei caratteri del modello americano dei diritti, G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 131; per tutti, quanto all'individuazione delle caratteristiche del primato, nella storia costituzionale americana, dei diritti sulla legge, vedi G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 67 ss.

<sup>227</sup> Così G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania*, cit., p. 17.

<sup>228</sup> M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 55. L'Autore insiste sull'importanza del «fattore legicentrico», che esprime «una vistosa correlazione del modello individualistico in senso statualistico» e si pone – come elemento di novità – accanto al fattore costituente. Quest'ultimo poi è individuato come «associato al concetto di sovranità, intesa come potere del popolo sovrano di decidere sulla costituzione e sulle regole del gioco» (mentre, nel caso americano, è «associato al concetto di rigidità costituzionale») [*ibidem*, p. 92].

P. COSTA, *Civitas*, cit., 2, osserva come il «punto dolente» sia nel «rapporto fra i diritti del soggetto e la legge del sovrano» e che «il dibattito costituente sembra... parlare il linguaggio dei diritti ma adottare poi una conclusione 'legicentrica'» (p. 21).

«una forza originaria che si sprigiona immediatamente dal sovrano», ma come un «potere derivato, cioè delegato» e, in quanto tale, limitato e inabilitato ad intervenire nella sfera dei diritti, che costituisce il patrimonio originario sul quale è fondata la Costituzione e la delega costituzionale ai governanti<sup>229</sup>. Si realizza quella che è stata definita una vera e propria «rivoluzione copernicana»<sup>230</sup>: un rovesciamento nei rapporti tra lo Stato e i singoli, a vantaggio dei secondi.

La Rivoluzione francese – è stato osservato – si limita a rinnovare l'impostazione tradizionale, «sostituendo la legge al comando monarchico»<sup>231</sup>: una tale affermazione non appare del tutto condivisibile, in quanto, se è vero che si sancisce che «tutto quello che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina» (art. 5), è altrettanto densa di significato la proclamazione che «il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo» (art. 2). La superiorità teorica dei diritti è affermata anche in Francia, ma nel vecchio continente, nel Settecento, si traggono dal principio differenti implicazioni concrete, alle quali non pare estranea la considerazione che un atto, quale la legge, espressione della volontà dei contraenti il patto fondante della comunità politica, rappresenta una garanzia sufficiente, rimettendo in sostanza nelle mani degli stessi contraenti la tutela dei diritti alla base del contratto stesso. Si potrebbe dire che, in Francia, la tutela dei diritti si coniuga con il principio della sovranità popolare<sup>232</sup>, negli Stati Uniti, con il principio della supremazia della Costituzione.

<sup>229</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 69-70.

<sup>230</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 67.

<sup>231</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 68.

<sup>232</sup> Si riferisce – in relazione all'esigenza di combattere «l'antica realtà dei poteri feudali e signorili – alla presenza di un'alleanza fra «ideologie dei diritti naturali individuali e della sovranità della nazione e dei suoi legislatori», ovvero – come già accennato – ad un'alleanza fra «individualismo e statualismo», M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 51.

Lo sviluppo dall'identico principio di preesistenza (e superiorità) dei diritti di due strutture di riconoscimento diverse pare legato ad una serie di circostanze storiche, fra le quali senza dubbio la considerazione in Francia della legge come strumento di imparzialità nelle mani di tutti (la legge è deliberata da tutti i cittadini, se pur attraverso i loro rappresentanti) per superare la divisione della società in ceti<sup>233</sup>, mentre, nei neonati Stati Uniti, la legge viene vista essenzialmente come espressione della supremazia del Parlamento inglese<sup>234</sup> (che i coloni,

<sup>233</sup> N. BOBBIO (*La Rivoluzione Francese*, cit., p. 109) sottolinea l'importanza dell'idea della rappresentanza «una e indivisibile» – che, dunque, «non può essere divisa in base agli ordini o stati», e «nella sua unità e indivisibilità è composta non da corpi separati ma da individui singoli» – per la distruzione della «società per ordini, dove ... gli individui non sono uguali né nei diritti né di fronte alla legge»; M. FIORAVANTI (*Appunti di storia*, cit., spec. p. 50), rileva come la legge è «nello stesso tempo ciò che limita l'esercizio delle libertà di ognuno, ma anche ciò che rende possibili le libertà di tutti *come individui*, contro le antiche discriminazioni di ceto»; G. PECES-BARBA (*Teoria dei diritti*, cit., p. 134) osserva come la legge viene utilizzata «in funzione promozionale», prevedendo l'azione positiva dei pubblici poteri per «soddisfare le necessità degli individui attraverso il diritto», instaurando così «una nuova dimensione del rapporto tra legge e libertà».

L'ultima osservazione pare valere in particolar modo in relazione alla previsione dei diritti sociali, che fanno la loro prima comparsa nella Dichiarazione dei diritti premessa alla Costituzione del 24 giugno 1793; vedi, ad esempio, l'art. 21 («I soccorsi pubblici sono un debito sacro. La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a quelli che non sono in età di lavorare») o l'art. 22 («L'istruzione è il bisogno di tutti. La società deve favorire con tutto il suo potere i progressi della ragione pubblica, e mettere l'istruzione alla portata di tutti i cittadini»), senza dimenticare, peraltro, che anche la Costituzione del 1791 (Titolo I) menzionava la creazione e l'organizzazione di un «istituto generale di *Soccorsi pubblici*, per allevare i bambini abbandonati, dare assistenza ai poveri infermi e fornire lavoro ai poveri validi che non abbiano potuto procurarsene», nonché di «una *Istruzione pubblica*, comune a tutti i cittadini, gratuita nelle parti d'insegnamento indispensabili a tutti gli uomini...».

<sup>234</sup> M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., sottolinea come la rivoluzione americana «prende le mosse dalla necessità di contrastare un legislatore, che si



fra l'altro, non concorrono a formare, in violazione del classico principio *no taxation without representation*). Nel nuovo continente, inoltre, – pare di poter affermare – si avverte l'esigenza di fondare i diritti in “qualcosa” di solido, che consenta un controllo giudiziario, al pari della tradizione inglese e della *common law*, ma nel contempo ovviamente differente da quella tradizione appartenente ad un potere che si contestava: di qui il valore, superiore alla legge, attribuito alla Costituzione.

Se sono i diritti francesi ad ispirare le lotte per la libertà in tutto il mondo, è la tradizione costituzionale nordamericana della separazione e della supremazia dei diritti sulla legge a segnare nel futuro la stessa storia costituzionale europea<sup>235</sup>. L'idea di Sieyès di un giudice delle leggi non viene accettata nella Francia del Settecento; poco dopo il giudice Marshall, negli Stati Uniti, disapplicherà per la prima volta una legge in con-

ritiene sia uscito fuori dai confini della propria legittima giurisdizione» (p. 81), rilevando anche come «il grande filo conduttore della cultura politico-costituzionale americana rimarrà sempre quello della diffidenza verso i legislatori», con il conseguente rifiuto di ogni versione statualistica dei diritti e delle libertà e la rimessione della tutela di questi ultimi alla costituzione, «ovvero alla possibilità di limitare il legislatore» (p. 82).

<sup>235</sup> «Il diritto costituzionale europeo contemporaneo riconosce ai singoli una «dotazione di diritti» originaria, indipendente e protetta nei confronti della legge. Sotto questo aspetto si distacca dalla concezione rivoluzionaria della Francia e si avvicina alla tradizione costituzionale nordamericana» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 67); Matteucci osserva come con l'innovazione americana si realizzi «uno “stato costituzionale dei diritti”» (p. 41) e come sia il salto di qualità compiuto dalla Costituzione americana, che fornisce «un rimedio giuridico alla violazione della legge fondamentale», a segnare il passaggio dal costituzionalismo medievale a quello moderno (p. 39), costituendo «l'atto di battesimo» di quest'ultimo (p. 29); l'Autore, in particolare, individua nella Costituzione di Filadelfia quell'aspetto del costituzionalismo inerente non tanto alla divisione del potere, quanto alla sua limitazione attraverso il diritto: essa fornisce di una garanzia giuridica l'antica distinzione fra *gubernaculum* e *iurisdictio* (N. MATTEUCCI, *La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo*, in T. Bonazzi (a cura di), *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 29 ss.).

trasto con la Costituzione, stabilendo quel principio della *judicial review of legislation*, della supremazia della Costituzione<sup>236</sup>, che rappresenterà la chiave di volta del sistema (anche europeo) di garanzia dei diritti (anche e proprio contro la legge). Questo, considerando – si precisa – le modalità di garanzia dei diritti, perché, quanto al contenuto, ad esempio, è stato osservato, come il costituzionalismo francese contiene anche «un progetto, ed una promessa, per il futuro, che è quella di una società più giusta», una «filosofia della trasformazione sociale», mentre la costituzione americana è «più teatro di competizione tra gli individui e le forze sociali e politiche», nell’ottica di riconoscere e garantire i diritti (essenzialmente con strumenti di carattere giurisdizionale), ma non in quella di promuoverli<sup>237</sup>.

Quanto al catalogo dei diritti, le dichiarazioni americane riprendono il modello inglese, se pur con qualche elemento di novità, quale l’inserimento della libertà di stampa<sup>238</sup>; rispetto a quelle inglesi, comunque, la differenza fondamentale consiste nella collocazione dei singoli diritti all’interno della filosofia del diritto naturale. Ciò che cambia – e che, come già detto più vol-

<sup>236</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, definisce la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Madison versus Marbury* del 1803 e la proposta al regime del Termidoro da parte dell’abate Sieyès di un guardiano della costituzione (1795), i «due più grandi discorsi fondativi della giustizia costituzionale» (p. 16), imputando alla mancanza del pluralismo in Francia il non accoglimento della teoria di Sieyès.

<sup>237</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., pp. 97-99; l’Autore in quanto osservato individua il «punto oscuro» della rivoluzione americana, che appare, sotto il profilo considerato «troppo ristretta», “troppo” concentrata sulla difesa dal rischio di una deriva statualistica; definisce la Dichiarazione francese «un ideale da realizzare, una *direzione programmatica*», G. LEFEBVRE, *L’Ottantanove*, cit., p. 206.

<sup>238</sup> Come ricorda G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 68, la libertà di stampa – definita «uno dei maggiori baluardi della libertà» – viene introdotta per la prima volta in Virginia con la Dichiarazione del 1776 (art. 12).

te, consente di parlare di diritti dell'uomo – è la sfera dei titolari dei diritti: nel connubio fra la tradizione inglese<sup>239</sup> e il giusnaturalismo, i diritti degli inglesi diventano i diritti dell'uomo<sup>240</sup>.

In relazione, invece, ai principi dell'89, si può notare nelle proclamazioni dei diritti americane una maggior tensione verso

<sup>239</sup> Il legame fra tradizione inglese dei diritti e dichiarazioni americane non va sottovalutato; senza dubbio i *bills of rights* inglesi hanno avuto, accanto al diritto naturale, alla matrice protestante, alle esigenze socio-economiche, un ruolo co-fondativo nelle Dichiarazioni del nuovo continente, al di là del «profondo abisso» che divide le dichiarazioni americane dalle leggi inglesi (l'espressione è di G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 67). Sottolineano l'influsso delle carte inglesi sulle dichiarazioni americane – e la conseguente differenza rispetto alla dichiarazione francese –, fra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, D. NOCILLA, *Introduzione*, cit., p. XVII («resta... nelle dichiarazioni americane – come riconosce lo stesso Jellinek – qualche lieve, remota traccia del tono di rivendicazione che già aveva caratterizzato i bills inglesi e, forse, della loro originaria natura pattizia...»); M. FIORAVANTI, *Apunti di storia*, cit., il quale sostiene che la rivoluzione americana «*tende a combinare individualismo e storicismo*», anche se la componente storicistica muta in parte di significato, coniugandosi con una costituzione scritta (p. 74; ma vedi anche spec. pp. 84-85); G. FASSÒ, *Storia della filosofia*, cit., II, che mette in luce il ruolo dell'«essenza costituzionalistica della *common law* inglese» nella maturazione del costituzionalismo americano; S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, citato *supra* (pp. 298-299). N. MATTEUCCI (*Organizzazione del potere e libertà*, *Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1976, pp. 125 ss.) ricorda l'influenza delle carte coloniali nella nascita del costituzionalismo americano e, in generale, la presenza in esso della tradizione medievale (anche se quest'ultima viene rinnovata e trasfigurata radicalmente) [ID., *La costituzione statunitense*, cit., pp. 38-39; più ampiamente *supra*].

<sup>240</sup> Il che – si può rilevare – permette ai coloni di mantenere i «propri» diritti e, nel contempo, di non essere più «inglesi». Il legame, comunque, con le tradizionali libertà inglesi non è privo di riflessi sulla formazione dei «diritti dell'uomo», anzi, proprio nello «stretto rapporto fra *civil liberties* britanniche e diritti dell'uomo», ovvero nella considerazione che i diritti fondamentali affermati erano i diritti goduti fino ad allora dai coloni inglesi, è stata scorta «una delle principali ragioni per cui, nella proclamazione dei diritti universali di libertà e di uguaglianza, il problema della schiavitù non ricevesse una soluzione compiuta» (così G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 67).

il bene comune e/o la felicità<sup>241</sup>: la Dichiarazione della Virginia, ad esempio, si riferisce alla «comune utilità» (art. 3) e cita, fra i diritti innati, «la ricerca e il conseguimento della felicità» (art. 1).

La partecipazione alla fruizione della felicità comune rinvia ad una idea di «comunanza» (di «popolo, nazione o comunità»<sup>242</sup>) che appare restrittiva rispetto al riconoscimento dei diritti naturali in capo a «tutti gli uomini», pur presentandosi per certi aspetti come una comunanza «aperta»<sup>243</sup>, in relazione

<sup>241</sup> Cfr., in argomento, N. BOBBIO (*La Rivoluzione Francese*, cit.), il quale – come già accennato – osserva come «nella Dichiarazione dell’89 non compare fra le mete da raggiungere la “felicità”...» (p. 96) e come «i costituenti francesi intendono affermare primariamente ed esclusivamente i diritti degli individui» (solo nella Costituzione giacobina del 1793, l’art. 1 definisce «scopo della società» la «felicità comune» ed emerge la concezione del «bene del tutto»), mentre «i costituenti americani avevano collegato i diritti dell’individuo con il bene comune della società» (p. 99).

Altri poi sottolineano – oltre le differenze in materia di libertà di religione, cui si è già accennato – la presenza nelle dichiarazioni americane dei diritti di associazione e di riunione, assenti nel testo francese (in proposito, per tutti, G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 65); peraltro, la Costituzione francese del 3 settembre 1791, al Titolo I (Disposizioni fondamentali garantite dalla Costituzione), elenca – completando ed ampliando il catalogo dei diritti della Dichiarazione del 1789 – tra i «diritti naturali e civili», la libertà «di riunirsi pacificamente e senza armi» (accanto alla libertà di stampa, alla libertà di circolazione, all’organizzazione di un istituto per la tutela degli orfani e dei poveri e di una forma di istruzione pubblica). Sempre la stessa Costituzione, inoltre, sancisce il principio secondo il quale «il Potere legislativo non potrà fare leggi che menomino ed ostacolino l’esercizio dei diritti naturali e civili», pur potendo «stabilire delle pene contro gli atti che, attaccando o la sicurezza pubblica o i diritti altrui, sarebbero nocivi alla società» (Titolo I) [sul punto, cfr. G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., pp. 83-84].

<sup>242</sup> Cfr. art. 3, Dichiarazione della Virginia del 1776.

<sup>243</sup> Si pensi, ad esempio, all’art. 6 della Dichiarazione della Virginia, laddove si sancisce che «tutti gli uomini, il cui comune interesse e legame permanente con la comunità è sufficientemente provato, hanno diritto di voto...», sottintendendo una concezione di appartenenza dinamica e volontarista, potenzialmente includente chiunque lo desideri (il riferimento all’«interesse») e,

con il carattere di società di immigrazione dei neonati Stati Uniti<sup>244</sup>. L'universalità teorica dei diritti naturali nella sua concretizzazione cade, come nel caso della dichiarazione francese, nell'ambiguità, particolarmente evidente nella convivenza con il principio di separazione "noi americani – altri (inglesi)" e con istituti quale la schiavitù.

Le definizioni universalistiche si scontrano nella realtà con una delimitazione dell'universalità: «gli uomini sono creati uguali» – proclama la Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776 –, ma il «we» con la quale si chiude, affermando la libertà e l'indipendenza dalla Corona britannica, presuppone la differenziazione degli uomini perlomeno in due categorie: noi e voi, cittadini americani e stranieri. Da ciò consegue una nozione di cittadinanza – la quale integra la condizione necessaria per identificare i concreti fruitori dei diritti naturali dell'uomo – che non può essere universale, in quanto è fondata sulla contrapposizione rispetto ad un altro popolo, un altro gruppo di uomini: gli inglesi, ai quali si possono quantomeno aggiungere i nativi americani, la cui "umanità" non è pienamente riconosciuta<sup>245</sup>. Con l'introduzione del «we» – quali che siano i popo-

di fatto, partecipi stabilmente alla vita della società (il rinvio alla presenza di un «legame permanente», non precisato in termini formali o in relazione a criteri etnici o di *ius sanguinis*).

<sup>244</sup> Senza sottovalutare, peraltro – come si vedrà – la chiusura nei confronti dei popoli autoctoni. In questo senso non appare condivisibile l'opinione di G. JELLINEK (*La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 75), laddove sostiene che «la metamorfosi dei diritti del cittadino in diritti dell'uomo è stata favorita, in America, dal fatto che in terra di colonia, destinata ad una continua immigrazione, non era inizialmente messa nettamente in pratica una rigorosa separazione tra nativi e stranieri»: forse però l'Autore austriaco intendeva indicare, con il termine «nativi», semplicemente i coloni già "stabilizzati" sul territorio, in contrapposizione a coloro che giungono con le successive ondate migratorie, non considerando nemmeno gli abitanti preesistenti alla conquista.

<sup>245</sup> T. BONAZZI (a cura di), *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia, Marsilio, 1999, spec. pp. 57-58, osserva, sul tema, come «nel momento stesso in cui proclama il noi universale, la Dichiarazione

li inclusi e quelli esclusi – inevitabilmente risulta depotenziato il riconoscimento degli «inalienabili diritti» di cui il Creatore ha dotato tutti gli uomini: l'universalità dei diritti urta, e si arresta, contro la «posizione separata» che distingue un popolo da un altro. Il diritto naturale si presenta come un diritto di individui *e di Stati*: le «leggi della natura e del Dio della natura» proclamano l'uguaglianza degli uomini e legittimano la distinzione dei popoli in posizioni separate ed uguali<sup>246</sup>; si affaccia lo scontro, a livello internazionale, fra la soggettività degli individui, che non conosce e non vuole confini, e la soggettività-sovranià degli Stati<sup>247</sup>.

Nello specifico, inoltre, come anticipato, la presenza legale di schiavi – la cui condizione è regolamentata dai codici di numerosi stati americani e ammessa sostanzialmente anche dalla Costituzione del 1787<sup>248</sup> – convive con la proclamazione dell'uguaglian-

lo delimita in direzione degli inglesi, esclusi dal noi, resi stranieri perché incapaci di resistere al tiranno», creando «una barriera che è morale prima ancora che politica» e costituisce il fondamento per il potere degli americani di decidere «chi rientra e chi non rientra nel cosmo della libertà»; l'Autore, quindi, specifica come la portata escludente del “noi” si espliciti anche nei confronti di «chi non viene considerato straniero perché considerato meno che umano» (gli indiani e i neri). Riguardo a quest'ultimo punto, cfr. anche, ad esempio, L. SWIDLER, *Diritti umani*, cit., che sottolinea come, «nonostante il linguaggio solenne usato in questi documenti... sui diritti umani del XVII e XVIII secolo, ci furono ancora *molteplici restrizioni* su chi poteva essere qualificato come essere umano» (p. 35).

<sup>246</sup> Recita la Dichiarazione di Indipendenza del 1776: «quando nel corso degli eventi umani si rende necessario a un popolo sciogliere i legami politici che lo hanno unito a un altro e *assumere fra le potenze della terra quella posizione separata e uguale a cui gli danno titolo le leggi della natura e del Dio della natura...*» (corsivo nostro).

<sup>247</sup> Sul tema si rinvia a quanto si dirà più approfonditamente *infra* (parte II, cap. III, spec. par. III.2).

<sup>248</sup> L'art. IV, sez. 2, comma 3, della Costituzione del 1787 recita: «nessuna persona sottoposta a prestazioni di servizio [contratto a termine] o di lavoro [schiavitù] in uno degli Stati, secondo le leggi ivi vigenti, e che si sia rifugiata in un altro Stato, potrà, in virtù di qualsiasi legge o regolamento quivi in vigore,

za di tutti gli uomini<sup>249</sup>; occorrerà attendere il 1865 (e una guerra civile) perché il XIII Emendamento alla Costituzione del 1787 affermi che «né schiavitù, né servitù involontaria potranno sussistere...» (sez. I). Ciò – come è stato osservato – può essere interpretato come indice del fatto che «la libertà e i diritti affermati per tutti sono in realtà quelli che ... esprimono la coscienza di sé che anima i gruppi socialmente dominanti»<sup>250</sup>: sancire l'uguaglianza e mantenere legalmente la schiavitù ha presupposti e dinamiche del tutto simili, se pur in un differente contesto (ora mondiale) e in relazione ad un diritto differente, al paradosso odierno (già ricordato) della proclamazione della libertà di uscire da un Paese, ma non di quella di entrare in un altro Paese<sup>251</sup>.

essere esentata da tali prestazioni di servizio o di lavoro; ma, su richiesta dell'interessato, verrà riconsegnata alla parte cui tali prestazioni sono dovute»; l'art. V stabilisce che «nessun emendamento, prima dell'anno 1808, potrà modificare in alcun modo i capoversi primo e quarto della Sezione 9 dell'Articolo I» e, al primo comma della sez. 9 dell'Art. I, si legge «l'immigrazione o l'introduzione di quelle persone che gli Stati attualmente esistenti possono ritenere conveniente di ammettere [schiavi] non potrà essere vietata dal Congresso prima dell'anno 1808; ma può essere imposta sopra tale introduzione una tassa o un diritto non superiore ai dieci dollari per persona».

<sup>249</sup> R. A. DAHL, *Considerazioni sulla democraticità della Costituzione americana*, in T. Bonazzi (a cura di), *La costituzione statunitense*, cit., pp. 105 ss., individuando sette limiti nel disegno costituzionale democratico dei costituenti statunitensi, afferma: «prima di tutto, con un necessario e allo stesso tempo incredibile compromesso, esso non proibì la schiavitù, né autorizzò il Congresso a farlo» (p. 108); G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, considera l'ammissione della schiavitù un «cedimento veramente grave, sotto il profilo dei valori liberali», ma «un cedimento assolutamente inevitabile» (p. 30); altrove (*I diritti umani*, cit.) l'Autore considera come la questione della schiavitù (risolta solo con la guerra civile) è l'«unico vero scacco» (p. 481) dello spirito pragmatistico americano, che ha saputo altrimenti adattare la forte tendenza all'astrattismo sul piano della teoria alle esigenze di una realtà mutevole (p. 476).

<sup>250</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto*, cit., p. 193.

<sup>251</sup> Oppure, alla proclamazione dello *ius migrandi* o dello *ius occupationis* di Vitoria come diritti di tutti.

La volontà di non ostacolare, ma, al contrario, di giustificare e di assicurare la necessaria espansione alla struttura socio-economica “vincente”, quella, per intendersi, che oggi porta a celebrare le politiche del Fondo Monetario Internazionale o della Banca Mondiale come strumenti di aiuto allo sviluppo dei popoli o a richiamare con vigore l’uguaglianza donna-uomo in Afghanistan (nodo cruciale per il passaggio dell’oro nero), ma non altrove, allora si esprimeva nelle ipocrisie e nei paradossi in cui cadeva, ad esempio, anche un sostenitore della democrazia come Alexis de Tocqueville. Tocqueville – come è stato osservato – parte dal presupposto dell’eguaglianza di tutti gli uomini e denuncia «il possesso dell’uomo da parte dell’uomo», ma poi, da un lato, pone accanto al diritto dei negri «di diventare liberi», il diritto degli schiavisti «a non essere mandati in rovina dalla libertà dei negri», e, dall’altro, «non vede nessun inconveniente nel fatto che uno Stato ne possieda un altro»: il colonialismo, anzi, appare «semplicemente il prolungamento internazionale del suo liberalismo»<sup>252</sup>.

L’ambiguità della posizione di Tocqueville, sostenitore della democrazia, della libertà e del diritto dei colonizzatori di colonizzare e degli schiavisti di non perdere la loro “ricchezza”, non rappresenta un caso unico; fra i pensatori americani, ad esempio, una posizione simile fu espressa da John C. Calhoun, «un liberale americano che amava profondamente le libertà politiche e civili e ne desiderava la difesa e l’allargamento» e, nel contempo, «fu uno schiavista, persuaso dell’inferiorità naturale dei neri», diventando così paradossalmente, da un lato, «critico di un giusnaturalismo che includeva l’eguaglianza e la libertà di ciascuno tra i diritti», dall’altro, sostenitore, «in nome della preservazione del sistema schiavistico», di una propria concezione del diritto naturale su basi razzistiche<sup>253</sup>.

<sup>252</sup> T. TODOROV, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Einaudi, Torino, 1991, pp. 226 ss.

<sup>253</sup> M. L. SALVADORI, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Laterza, Roma-Bari, 1996, in particolare pp. 201 ss.



Si manifesta – ancora una volta – il poliedrico volto dei diritti o, meglio, l'ipocrisia del volto "buono" dei diritti, che si rivela tale solo per gli stessi (primi) sostenitori dei diritti: viene stabilita una gerarchia fra i diritti, che non si basa sulle differenti categorie dei diritti stessi (ad esempio, prima vengono i diritti che garantiscono la dignità e la libertà della sfera personale dell'individuo, quindi, i diritti concernenti la sua sfera economica), ma si fonda sull'appartenenza (statale, di classe, di cultura, di religione, etc.) dei titolari dei diritti (ad esempio, prima vengono tutti i diritti dei colonizzatori, quindi, eventualmente, gli analoghi diritti dei colonizzati).

A questi discorsi che limitano nell'interpretazione e nella prassi l'universalità teorica dei diritti, occorre infine aggiungere un'ultima considerazione, legata questa volta ad un dato di fatto e non (o non solo) ad una cattiva volontà.

### I.3.3. *Le ambiguità delle prime positivizzazioni dei diritti. Sintesi*

Esiste un limite generale all'universalità dei diritti connesso alla loro positivizzazione, cioè al loro stesso essere «diritti» nel senso che si è definito "pieno" del termine (la sostantivizzazione in una posizione giuridica astratta): il soggetto dal quale proviene il riconoscimento positivo dei diritti universali ha un potere limitato nello spazio<sup>254</sup>, per cui, nel momento stesso in cui i diritti vengono positivizzati, perdono la loro natura uni-

<sup>254</sup> Vedi, in tal senso, tra gli altri, S. SENESE, *La protezione internazionale dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 2000/4: «i diritti dell'uomo, proclamati nelle Dichiarazioni o nelle Costituzioni, universali per definizione, sono... dei diritti nei confronti del potere politico che è un potere sempre (o almeno sino ai nostri giorni) particolare, limitato nello spazio. Nella misura in cui il potere politico riconosce dei diritti, questo riconoscimento non tocca tutti gli uomini ma soltanto quelli che sono parte del contratto sociale, i cittadini o –nel migliore dei casi- tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato» (p. 770).

versale, trasformandosi da diritti dell'uomo in diritti del cittadino<sup>255</sup>.

Inoltre, l'affermazione dei diritti dell'uomo viene ad incidere sul profilo interno della sovranità, ma non su quello esterno<sup>256</sup>: i diritti della persona umana limitano lo Stato nel suo rapporto con i propri cittadini, ma non nel suo rapporto con gli altri Stati (ed anche con i cittadini degli altri Stati). Ciò spiega, ancora una volta, come la proclamazione dei diritti naturali possa accompagnarsi con la difesa della logica del colonialismo: «la dominazione dell'altro, inaccettabile sul piano individuale, diventa accettabile quando il rapporto s'istituisce tra collettività ed è mediato dalla sovranità»<sup>257</sup>. Si può, allora – e citiamo anco-

<sup>255</sup> Vedi, nel senso che la positivizzazione dei diritti naturali finisce per inficiare la loro universalità, tra gli altri, N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit.: «nel passaggio dalla teoria alla pratica, dal diritto solamente pensato al diritto attuato ... l'affermazione dei diritti dell'uomo acquista in concretezza ma perde in universalità ... non sono più diritti dell'uomo ma del cittadino, o per lo meno sono diritti dell'uomo solo in quanto sono diritti del cittadino di questo o quello stato particolare» (p. 23); L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., p. 36, in particolare laddove si osserva che «negli ordinamenti interni degli stati liberaldemocratici i vecchi diritti naturali vengono consacrati e positivizzati dalle costituzioni come "universali" ... E tuttavia, poiché il loro "universo" giuridico-positivo coincide con quello dell'ordinamento interno dello Stato, i diritti dell'"uomo" finiscono di fatto per appiattirsi sui diritti del "cittadino"»; «l'"universalità" dei diritti umani si risolve conseguentemente in un'universalità parziale e di parte: viziata dal suo stampo statalistico, e quindi dai meccanismi di esclusione da esso innestati nei riguardi dei non-cittadini ...»; S. SENESE, *La protezione*, cit., p. 770; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, pp. 417 ss.: «i diritti della persona (potenzialmente universali), una volta positivizzati, tendono a trasformarsi nei singoli ordinamenti in diritti del cittadino ... finiscono per essere fruibili soltanto da coloro che possiedono lo *status civitatis*» (p. 452).

<sup>256</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit.: «quanto più si limita e attraverso i suoi stessi limiti si autolegittima la sovranità interna, tanto più si assolutizza e si legittima, nei riguardi degli altri Stati e soprattutto del mondo "incivile", la sovranità esterna. Quanto più lo stato di natura viene superato all'interno, tanto più viene riprodotto e sviluppato all'esterno» (pp. 35-36).

<sup>257</sup> S. SENESE, *La protezione*, cit., p. 771.

ra Tocqueville – difendere la democrazia e la dignità umana e scrivere che «non vi è né utilità né dovere nel lasciare ai nostri sudditi musulmani idee esagerate sulla loro importanza, né a persuaderli che siamo costretti a trattarli in ogni circostanza come se fossero nostri concittadini e nostri eguali»<sup>258</sup>.

La proclamazione di diritti della persona umana appare – in conclusione –, fin dalla nascita, revocata in dubbio a causa di almeno tre elementi interconnessi: *a)* la cittadinanza, che trasforma i diritti dell'uomo in diritti del cittadino; *b)* strettamente legato alla prima, il principio di sovranità dello Stato; *c)* l'asimmetria nel riconoscimento e nel godimento effettivo dei diritti, per cui essi sono in sostanza legati alla condivisione di una determinata appartenenza. Tali intrinseche ambiguità dei diritti della persona umana sono superabili forse solo con la proclamazione dei diritti<sup>259</sup> e l'istituzione dei relativi strumenti di garanzia a livello internazionale<sup>260</sup>, sì da creare una vera e propria “cittadinanza del mondo”<sup>261</sup>. Peraltro gli Stati – come si vedrà

<sup>258</sup> Così A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur l'Algérie*, ricordato da T. TODOROV, *Noi e gli altri*, cit., p. 234.

<sup>259</sup> La proclamazione è, in tal senso, da intendersi non nell'ottica del diritto internazionale pattizio (sempre legato alla volontà dei singoli Stati) – come è tuttora –, ma piuttosto in quella della Costituzione mondiale o, quantomeno, del diritto consuetudinario generale.

<sup>260</sup> Si precisa che, quando si pensa a tali strumenti di garanzia, non si intende riferirsi alla neo istituita Corte Penale Internazionale, strumento subordinato alla ratifica degli Stati nei cui confronti può operare, non imparziale nei poteri attribuiti ad alcuni Stati (il riferimento è, in particolare, al ruolo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite) e, infine, dotato di una competenza limitata (cfr. *infra*, parte II, cap. III).

<sup>261</sup> Senza dimenticare – comunque – che il problema, oggi, realisticamente, non è solo quello della sovranità degli Stati, considerando che, laddove gli Stati perdono parte delle loro prerogative ed autonomia, non è a vantaggio di democratiche istituzioni internazionali (basti rilevare che anche l'ONU, nonostante tutti i limiti quanto alla sua democraticità, esercita ormai un ruolo assolutamente marginale e comunque caratterizzato da una evidente impotenza) – magari in connessione con un aumento parallelo del ruolo del “piccolo” –, ma è conseguenza del governo mondiale esercitato dalla grande finanza internazionale,

e come dimostra la vicenda della Corte Penale Internazionale – non sono disposti ad abdicare alla propria sovranità<sup>262</sup>: sul terreno di una giustiziabilità internazionale dei diritti e su una loro titolarità effettivamente universale (per tutti i diritti) si gioca il superamento delle contraddizioni per ora connaturate ai diritti umani. Ciò, ovviamente, senza dimenticare l'altra grande questione dei diritti della persona umana: l'effettiva condivisione universale dei diritti stessi.

Prima, però, di verificare se (e che cosa) è cambiato dal 1789 ad oggi, – qual è, ad esempio, il valore effettivo dell'acquisizione di una soggettività dell'individuo a livello internazionale o il senso dell'ingerenza umanitaria (forma di tutela dei diritti umani o nuova versione di un loro utilizzo strumentale rispetto ad una politica imperialistica?) – appare preliminare una questione: a partire dalla storia (o preistoria) dei diritti dell'uomo e dai loro atti di nascita, è possibile enucleare una definizione ed individuarne il fondamento?

contraria a poteri statali forti e in grado di assumere decisioni indipendenti (in argomento vedi quanto si dirà, più approfonditamente, *infra*, parte II).

<sup>262</sup> Cfr. parte II, cap. III, spec. par. III.2.

## CAPITOLO SECONDO

### IL FONDAMENTO DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: II.1. Verso una definizione dei diritti dell'uomo. – II.1.1. In evidenza: le difficoltà di una definizione sostanziale. – II.1.2. Alla ricerca di aiuto in alcune definizioni proposte. – II.1.3. Una definizione astratta è solo formale? – II.2. Fra le teorie sul fondamento dei diritti dell'uomo. – II.2.1. Intorno al giusnaturalismo moderno; del fondamento metafisico. – II.2.2. I diritti come “fatto” storico, condiviso o creato dal diritto positivo. – II.2.3. Le tesi razionaliste, ovvero una “fe-de” debole e logica. – II.2.4. Sulla classificazione dei fondamenti dei diritti umani. – II. 3. Una scelta possibile.

#### *II.1. Verso una definizione dei diritti dell'uomo*

I diritti dell'uomo<sup>1</sup> – si è detto – trovano la loro prima compiuta espressione, se pur imperfetta, con le Dichiarazioni francese e americane, le quali rispettano le “condizioni” fissate nel minimo comun denominatore dei diritti della persona umana: il riconoscimento in capo a ciascuno di posizioni giuridiche soggettive.

L'adozione di tale minimo comun denominatore rappresenta peraltro già il frutto di una scelta: oggetto dell'indagine sono i «diritti» quali intesi nella sfera del diritto, del mondo giuridico, ovvero, – utilizzando un riferimento meno impreciso – del dirit-

<sup>1</sup> Si precisa che qui si utilizzano, quali sinonimi, le espressioni “diritti della persona umana”, “diritti dell'uomo” o “diritti umani”, con la precisazione – già fatta in precedenza – che la locuzione più corretta appare la prima, immune da rischi di maschilismo.

to positivo<sup>2</sup>. I diritti sono posizioni soggettive riconosciute alle persone umane nell'ambito delle norme "scritte" (in senso ampio, ovvero redatte o create<sup>3</sup>) dagli uomini per regolare stabilmente la loro convivenza, caratterizzate da una particolare forma (intendendo con ciò la presenza di predeterminate modalità di creazione e di riconoscimento<sup>4</sup>), dalla percezione della loro obbligatorietà<sup>5</sup>, nonché, in generale, dalla loro giustiziabilità<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Ciò non significa, peraltro, assumere una prospettiva positivista, considerare i diritti solo all'interno di una cornice storico-volontaristica: le posizioni giuridiche possono essere solo diritto positivo, ma possono anche rappresentare la traduzione di una metafisica (come è nel caso dei diritti naturali), di un'etica, ecc.

<sup>3</sup> Il termine "creazione", peraltro, deve qui essere inteso non necessariamente come formazione per così dire dal nulla, frutto di una concreta e determinata volontà umana, ma anche come elaborazione nella sfera giuridica di precetti concepiti come preesistenti, dati, appartenenti alla sfera dell'assoluto divino o alla morale.

<sup>4</sup> Si intende in particolare precisare che il riferimento alla «forma» non significa solo presenza di una "scrittura", ma comprende anche, ad esempio, la consuetudine.

<sup>5</sup> L'obbligatorietà dei diritti e il loro carattere vincolante – o, si potrebbe quasi dire impositivo – nei confronti sia dei singoli individui che degli organismi politici (*in primis*, gli Stati), non esclude la possibilità di ricomprendere nella concezione di "diritti" proposta anche quelle configurazioni che negano l'indisponibilità dei diritti da parte dello Stato in sé, ma riconoscono, ad esempio, l'azionabilità dei diritti nei confronti di specifiche "funzioni" statali. Il problema si pone in particolare per i diritti pubblici subbiettivi: in proposito, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, osserva come «di fronte allo Stato *intero*, concepito nella sua totalità... non può darsi alcun diritto individuale. Senonché non può mettersi in dubbio che lo Stato, nella sua vita concreta, non può mai manifestarsi rivestito di tutte le sue funzioni... Cosiché il cittadino non si trova mai, e per ciò stesso non può vantare dei diritti di fronte allo Stato astrattamente e comprensivamente considerato, ma solo di fronte allo Stato concepito limitatamente ad una sua funzione o atto» (pp. 118-119); peraltro, Santi Romano dubita che nella nozione di diritto pubblico subbiettivo si possa ritenere implicita la possibilità dell'azione giudiziaria (come sosteneva Jhering), osservando come a molti diritti pubblici subbiettivi «non corrisponde... un'azione di qualsivoglia genere» (p. 122).

Questa definizione può essere letta come la definizione astratta dei diritti all'interno della sfera giuridica (cioè – come

<sup>6</sup> Il riferimento alla giustiziabilità non viene qui inteso come elemento tassativo, perlomeno se concepito in senso stretto, come azionabilità del diritto di fronte ad un giudice: molti dei diritti proclamati, soprattutto a livello internazionale, sono privi di meccanismi giurisdizionali di tutela, ma sanciscono posizioni giuridiche soggettive. Se esse non vengono riconosciute, si percepisce la violazione o non attuazione di un diritto, anche se non vi è un organo giurisdizionale deputato all'accertamento della violazione e alla comminazione dell'eventuale sanzione.

Non si considera, cioè, in questa sede elemento costitutivo della nozione di "diritto" la garanzia giurisdizionale, pur concordando con quanti sottolineano la scarsa utilità di diritti privi di strumenti giurisdizionali che ne tutelino l'effettività e considerando come, a livello nazionale, ma, sempre più, anche internazionale, la tendenza è nel senso di affiancare alla proclamazione del diritto un meccanismo giurisdizionale o semi-giurisdizionale di tutela dello stesso. Il "diritto senza giudice" è comunque un diritto, che, da un lato, fonda una precisa posizione giuridica soggettiva e, dall'altro, ha una tutela, anche se magari affidata a organi politici, all'opinione pubblica, al giudizio dei pari, ovvero, quantomeno, al valore che assume l'evento in sé della violazione.

In dottrina è viva la controversia relativa alla collocazione degli strumenti di garanzia del diritto: come parte integrante ed essenziale del diritto stesso o come aspetti distinti.

In particolare, ritengono parte integrante ed essenziale del diritto la sua garanzia gli esponenti del realismo giuridico e, in tal senso, fra gli altri, pare esprimersi, trattando in particolare dei diritti sociali, Danilo Zolo: «un diritto formalmente riconosciuto ma non *justiciable* – e cioè non applicato o non applicabile dagli organi giudiziari con procedure definite – è, *tout court*, un diritto inesistente» (D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in Id. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33; vedi però anche dello stesso Autore la precisazione di tale posizione, in risposta alle critiche di Ferrajoli, in ID., *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 64 ss.); mentre, fra chi propende per distinguere diritti e garanzie, si può citare L. FERRAJOLI (*Diritti fondamentali*, cit.): «contro la tesi della confusione tra i diritti e le loro garanzie, che vuol dire negare l'esistenza dei primi in assenza delle seconde, sosterrò la tesi della loro distinzione, in forza della quale l'assenza delle relative garanzie equivale invece a un'inadempienza dei diritti positivamente stipulati e consiste perciò in un'indebita *lacuna* che è compito della legislazione colmare» (p. 8, ma vedi anche pp. 23 ss.).

accennato – presupponendo già una scelta fra i diversi insiemi, anche intersecanti fra loro, nei quali esistono i diritti); in concreto, poi, entrano in gioco ulteriori variabili, che specificano i “diritti giuridici” in, per così dire, “diritti giuridici storici”.

Per intendersi, i diritti possono essere concepiti essenzialmente quale forma di convivenza fra i privati, quale limite al potere dello Stato – nella duplice variante di limite pre-statale o, comunque, indipendente dallo Stato (come nel caso del diritto naturale o anche, in ipotesi, del diritto internazionale)<sup>7</sup> e di autolimitazione dello Stato (come nella teoria dei diritti pubblici subbiettivi laddove essi sono configurati alla stregua di effetti riflessi)<sup>8</sup> –, quale obbligo positivo per lo Stato (come nel caso dei diritti sociali); possono essere riconosciuti in fonti di rango costituzionale o primario, oppure derivare da pronunce giudiziarie o da prassi consolidate nel tempo; possono essere giustiziabili solo nei confronti di violazioni provenienti dai privati o anche nei confronti del legislatore (esistenza di una giustizia costituzionale); possono essere proclamati e tutelati solo a livello statale o anche a livello internazionale, etc.

Per tentare di elaborare una definizione conviene arrestarsi al concetto astratto, che in sé ricomprende tutte le potenziali sfaccettature dei diritti giuridici così come si sono storicamente presentati: la definizione in tal modo può essere “universale”, pur con la consapevolezza che essa non è assoluta, ma “aperta”, contenendo in sé tanti “diritti relativi” o storici, che, di volta in volta, la concretizzano. Ogni concretizzazione può presentare i caratteri dell’assolutezza, ma, partendo dalla definizione proposta, è chiaro che ciò può avvenire solo in una prospettiva cronologicamente e spazialmente statica e non dinamica.

<sup>7</sup> Come un *quid*, cioè, che lo Stato si limita a “riconoscere”, ma non crea o non costituisce.

<sup>8</sup> Si pensi, in particolare, alla teoria di Gerber o di Laband (sui quali cfr., sinteticamente, A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, spec. pp. 3-4).



I diritti della *Magna Charta* concessi dal sovrano, i diritti naturali della Dichiarazione francese del 1789, i diritti pubblici subbiettivi di Jellinek, i diritti sociali riconosciuti dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, il diritto all'ambiente o alla privacy creati dai giudici o dalle corti costituzionali o sanciti dalle costituzioni più recenti: sono tutti diritti, che, potenzialmente, rientrano nella definizione data, perlomeno se si guarda alla struttura e non alla titolarità. Inserendo, infatti, nella definizione la variabile della titolarità, ovvero distinguendo all'interno dell'insieme "diritti" i diritti propri della persona umana, è evidente che alcuni dei diritti ricordati non vi rientreranno (si pensi, ad esempio, ai diritti della *Magna Charta*, riconosciuti, in origine, solo ai nobili o ai commercianti, o ad alcuni diritti sociali, quale il diritto al lavoro, per lo più attribuiti solo ai cittadini).

A questo punto è necessario, pur astraendo il più possibile, procedere oltre: quali posizioni giuridiche soggettive sono diritti della persona umana?

Tentando di mantenersi all'interno della "sfera giuridica", si può dire: i diritti della persona umana sono quei diritti riconosciuti in capo a ciascuna persona umana, il titolare dei quali è la persona umana. Ma cosa si intende per persona umana?

Nel mondo giuridico, la locuzione "persona", genericamente – se si prescinde dalle definizioni tautologiche, del tipo "i diritti della persona umana sono quelli che spettano a ciascuna persona umana in quanto tale"<sup>9</sup> – viene assimilata a quella di «persona giuridica», o ricondotta ad alcuni elementi circoscritti, quali la capacità di agire, oppure specificata come «persona fisica».

<sup>9</sup> ...o, anche da quelle che si limitano a definire i diritti della persona «quelli che proteggono la p. [persona] come tale, nei suoi aspetti essenziali e nelle sue manifestazioni immediate» (Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, *Dizionario Enciclopedico Italiano*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, IX, 1970, p. 278).

Il concetto di «persona giuridica», oltre a non essere stabile nel tempo e costante nello spazio, non corrisponde a quello di essere umano, indicando ogni soggetto di diritto, ovvero anche le organizzazioni collettive<sup>10</sup>; qualificazioni come la capacità di agire rappresentano, invece, una semplice (e non necessaria)<sup>11</sup> caratteristica della persona umana nella sua produzione di azioni atte ad assumere una rilevanza giuridica in un dato ordinamento: si tratta, cioè, di elementi che non chiariscono “cos’è” la persona, ma ne evidenziano solo una particolare connotazione, dunque, di elementi, spesso, non riferibili a tutte le persone umane, e, inoltre, di elementi relativi e storicamente connotati, non astratti.

Quanto, infine, alla nozione di «persona fisica», essa viene semplicemente intesa, tautologicamente, come l’equivalente di «uomo», con al più la sola specificazione legata alla condizione di nascita in vita dell’uomo: la persona fisica esiste a partire dal momento di nascita (in vita) dell’essere umano<sup>12</sup>; nulla ancora

<sup>10</sup> Citando dal *Dizionario Enciclopedico del diritto*, diretto da F. Galgano, vol. II, Cedam, Padova, 1996, alla voce «Persona giuridica»: «l’attributo di persona non è dal diritto riconosciuto soltanto all’uomo; sono altrettante persone per il c.c., anche le organizzazioni collettive ...» (p. 1118; similmente si legge nel *Dizionario Enciclopedico Italiano*, cit., IX, p. 278). Il codice civile italiano, ad esempio, al Titolo II (libro I), intitolato *Delle persone giuridiche*, tratta in particolare proprio «Delle associazioni e delle fondazioni» (capo II) o «Delle associazioni non riconosciute e dei comitati» (capo III).

<sup>11</sup> Qualificazioni come la capacità di agire o quella di intendere e di volere, o l’incapacità civile, oltre non esprimere l’essenza della persona umana, possono anche essere potenzialmente pericolose perché, tendendo ad identificare specifiche categorie all’interno del *genus* umano, potrebbero portare ad interpretazioni differenzialiste di tipo nazista. Ugual considerazione vale anche per la capacità giuridica che oggi tendenzialmente si acquista all’atto della nascita (così, ad esempio, stabilisce l’art. 1 del codice civile italiano), ma che potrebbe anche essere ristretta, come è avvenuto in passato con l’esclusione degli schiavi.

<sup>12</sup> Nel *Dizionario Enciclopedico Italiano*, cit., IX, si specifica come nell’uso giuridico «persona fisica» indichi quel soggetto di diritto che «viene ad esi-

si dice sul *quid* che deve essere presente per affermare che è nato un “essere umano”, una persona.

Il diritto, dunque, non definisce la persona umana, al più ne evidenzia alcune caratteristiche (la capacità di agire, ad esempio); occorre, allora, operare un'altra scelta e assumere all'interno del diritto la definizione di “uomo” data dalla scienza naturale, o da una teoria filosofica o da una religione.

Volendo mantenere il più possibile una posizione astratta, universale, la definizione di persona umana (nel senso “base” di individuo, essere umano) che parrebbe più confacente è quella proveniente dalle scienze naturali<sup>13</sup>, ovvero una definizione basata sulle caratteristiche di tipo fisico (obiettive) che qualificano l'essere umano<sup>14</sup>.

Tale definizione appare in grado di prescindere e, nello stesso tempo, di comprendere in sé o di costituire la base per altre definizioni che presuppongono la scelta per una determinata teoria filosofica o metafisica, quale, ad esempio, quella del

stenza nel momento della nascita dell'essere umano, più precisamente quando il medesimo nasce vivo...» (p. 278); nel *Dizionario enciclopedico del diritto*, cit., la locuzione è, ancor più semplicemente, ricondotta al soggetto di diritto, all'uomo (p. 1117); nel codice civile, al Titolo I (Libro I), dedicato alle persone fisiche, si connette alla nascita – come già accennato – l'acquisto della capacità giuridica.

<sup>13</sup> La nozione “scientifica” di persona (di uomo) pare, in particolare, di più diretta evidenza (e richiede minor elaborazione concettuale e discrezionalità), di quelle, pur astratte, che riconducono il concetto di persona alla capacità di intendere, di volere, di amare, di essere responsabile dei propri atti, di riconoscersi persona [così A. RIGOBELLO, *Persona*, in *Dizionario delle idee politiche* (diretto da E. Berti, G. Campanini), Editrice AVE, Roma, 1993, p. 619].

<sup>14</sup> A titolo esemplificativo si possono citare le definizioni di essere umano che si possono leggere nelle varie enciclopedie, quale quella che qualifica *Homo sapiens* l'organismo vivente caratterizzato «dalla stazione eretta, dalla pelosità ridotta, dalle mani abili con pollice opponibile, dal grande sviluppo del cervello», dotato di un «alto grado di intelligenza», di un «linguaggio articolato», di «particolari abilità manuali» e di «tendenza alla vita sociale» (Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, *Dizionario Enciclopedico Italiano*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, XII, 1970, p. 531).

Cristianesimo, che considera l'uomo «essere ragionevole che Dio ha creato con anima immortale e corpo mortale, decaduto dalla condizione di felicità per il peccato originale...»<sup>15</sup>. In sostanza quella delle scienze naturali, pur nella consapevolezza che si tratta sempre di una possibilità, appare la definizione più astratta e potenzialmente universale, legata ad un modo di procedere logico-razionale, di tipo, per così dire, scientifico (e induttivo), non fideistico<sup>16</sup>.

Attingendo, dunque, al mondo giuridico e a quello delle scienze naturali, si è tentato di individuare una nozione di diritti della persona umana il più possibile astratta ed universale, in grado di soddisfare un ampio numero di teorici e pratici dei diritti, al di là delle differenze culturali e sociali, di luogo e di tempo. Quella proposta è, però, una definizione formale: nulla dice sul contenuto dei diritti della persona umana. Quali sono le posizioni soggettive che le norme giuridiche riconoscono in capo a ciascuna persona umana? è possibile individuarne il catalogo?

### II.1.1. *In evidenza: le difficoltà di una definizione sostanziale*

I diritti della persona umana – si può dire – sono quei diritti che stabiliscono ciò che caratterizza la persona umana, ciò che ad un uomo non può essere tolto, gli strumenti per rendere effettiva e tutelare la sua dignità, ...: ma in che cosa consiste la dignità umana, che cosa è essenziale o connaturale per l'uomo?

<sup>15</sup> Così, alla voce «uomo (relig.)» in *lo Zingarelli, Vocabolario della lingua italiana*, XII ed., Zanichelli, Bologna, 1997, p. 1937.

<sup>16</sup> Pur – è meglio ribadirlo – con la coscienza che la scelta per la “razionalità” è comunque sempre *una* scelta, un'adesione ad un modo di procedere, ad una teoria, ad un metodo; una scelta peraltro appare indispensabile laddove non si voglia assumere una prospettiva di relativismo estremo e concludere nel senso dell'impossibilità di procedere.

La risposta è – se si vuol restare su un piano potenzialmente universale – impossibile, o, perlomeno, non può essere immediatamente data. *Prima facie*, infatti, appare evidente che ciò che costituisce diritto fondamentale varia in relazione al mutare della concezione di dignità umana, della percezione degli elementi che caratterizzano l'uomo. Per intendersi, la libertà di iniziativa economica privata era (è) uno dei diritti fondamentali per lo sviluppo dell'uomo borghese, ma non lo è in un'ottica socialista (o anche di Stato sociale); il concetto di libertà è centrale in una concezione individualista della società, ma non in una concezione comunitaria, dove spiccano i doveri del singolo verso la comunità; il diritto ad un ambiente salubre o il diritto alla casa, proclamati nelle Costituzioni moderne, non erano nemmeno immaginabili all'epoca della Dichiarazione dei diritti della Virginia, e tanti altri esempi si potrebbero fare.

Certo si può notare che, da un punto di vista diacronico, il concetto di dignità umana è andato specificandosi e, per così dire, arricchendosi, sempre più, ma, al di là della generalizzazione e semplificazione sulla quale si fonda tale osservazione, occorre considerare che, in una prospettiva sincronica e spazialmente diversificata, coesistono differenti percezioni della dignità umana (quella del masai piuttosto che del liberale cattolico o del musulmano o dell'indio della foresta amazzonica o del contadino cinese).

Si vedrà in seguito se all'interno di queste concezioni è possibile individuare dei tratti, delle costanti comuni, o se il progresso storico consente di porre dei punti fermi nel catalogo dei diritti, ciò che qui per ora rileva è che appare impossibile specificare il contenuto dei diritti della persona umana (ovvero individuarne il catalogo) senza compiere una scelta. In altre parole, i diritti della persona umana non sono gli stessi nel Settecento o nel Novecento e non sono gli stessi, nel Ventunesimo secolo, in Asia, in Africa, in Occidente: i diritti dell'uomo, concretamente, sono diritti relativi. Non è possibile con i dati ora disponibili (si verificherà poi – come detto – se è possibile

identificare degli elementi universali nel tempo e nello spazio) passare da una definizione astratta formale ad una definizione astratta sostanziale.

Ogni definizione sostanziale si presenta come relativa: i diritti della persona umana sono quelli definiti tali nella teoria/cultura di riferimento. Avremmo, allora, un catalogo di diritti dell'uomo cattolico, uno musulmano, uno animista, uno liberale, uno socialista, uno *new global*, uno elaborato da Bobbio, uno da Strauss, uno da Rawls, uno da Walzer (per restare ai contemporanei): tante sono le teorie, le concezioni morali, le culture, le religioni, tanti sono i cataloghi dei diritti dell'uomo. In altre parole, ciò che è essenziale alla persona umana, che si può sintetizzare con l'espressione "dignità umana", intesa come compendio e fonte dei diritti, si disperde in mille estrinsecazioni differenti non appena si tenti di enuclearne la sostanza attraverso proposizioni atte a renderne, per così dire, tangibile e fruibile il contenuto.

Non è dirimente nemmeno la considerazione che muove da un supposto concetto "obbiettivo" di "natura umana": l'individuazione di diritti a estrinsecazione della dignità umana come espressione, ad esempio, di una naturale volontà umana "benevola" nei confronti delle altre persone umane o come baluardo istituito da uomini consapevoli della necessità di contrastare la propria (come specie) naturale tendenza al male<sup>17</sup>, suppone scelte o credenze che inevitabilmente minano l'astrattez-

<sup>17</sup> L'idea di diritti che «devono contrastare più che riflettere le propensioni naturali degli esseri umani» è espressa, in ultimo, da M. IGNATIEFF, *Human rights as politics and idolatry* (2001), trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, spec. p. 82; fra gli altri, nello stesso senso, si possono ricordare – con S. VECA, *I diritti umani e la priorità del male*, *ivi*, pp. 102-103 – Tzvetan Todorov, che vede il male come strettamente legato all'identità umana, o Isaiah Berlin, il quale insiste «sul fatto che dopo la Shoah la memoria dell'orrore, e non la credenza nella ragione, è alle radici di un nucleo di convinzioni e impegni normativi che militano a favore del riconoscimento universalistico dei diritti umani».

za dei diritti che si possono dedurre (sempre che non ci si limiti ad osservare il comportamento umano, individuandone delle costanti *a posteriori*, ma non una naturale tendenza *a priori*).

Assumere una nozione, per così dire, positiva e ottimista della natura umana (persona umana volta al “bene”) oppure una nozione negativa e pessimista della stessa (persona umana volta al “male”) non significa altro che postulare (credere) in una determinata concezione della persona umana, ugualmente a chi la configura in un determinato modo in ossequio a precetti religiosi<sup>18</sup>.

E, in linea di principio, non è nemmeno più astratta l'individuazione di ciò che non rende degna la vita umana, piuttosto di ciò che la rende degna; può essere concretamente più facile

<sup>18</sup> A conclusione differente, peraltro, si può giungere qualora dalla «priorità del male» si tragga il suggerimento che «il punto fondamentale della condivisione non consiste tanto nella risposta alla domanda sul perché tipi come noi debbano avere diritti umani universali, quanto nella risposta alla domanda sul perché tipi come noi hanno bisogno di diritti umani universali» (S. VECA, *I diritti umani*, cit., p. 107). Tale approccio, infatti, consente di muovere da «strategie fondazionalistiche, che devono incorporare una qualche idea, religiosa o metafisica o etica o culturale, del bene umano», verso una prospettiva «storica, non metafisica» (*ibidem*) e, in quanto tale, meno compromessa con qualsivoglia credenza.

Cfr., in tema, anche M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., p. 82: «non troviamo i fondamenti nella natura ma nella storia umana, in ciò che verosimilmente accade ... quando gli esseri umani hanno perduto la protezione dei diritti. Ci basiamo sulla testimonianza della paura ...». In proposito pare opportuno precisare che, volendo mantenere un approccio non metafisico, occorre distinguere correttamente l'immagine dei diritti umani come risposta che concretamente la storia ha dato ad un comportamento umano *di fatto* rivelatosi “cattivo”, dall'immagine dei diritti umani come risposta che la storia ha dato ad un comportamento che deriva da una natura umana (“cattiva”) assunta come elemento *a priori* (di tipo, si può dire, “metafisico”). In questo senso, non metafisiche, ma storiche (basate sul “fatto”), sono le tesi che legano l'affermazione dei diritti umani (e/o della dignità umana) ad episodi di violazioni particolarmente cruenta o massicce degli stessi (come nel caso della Dichiarazione universale e delle dittature nazi-fasciste), limitandosi a constatare la consequenzialità del primo elemento rispetto al secondo.

trovare l'accordo in negativo, piuttosto che in positivo, ma non costituisce una assicurazione di maggior astrattezza<sup>19</sup>.

Il discorso non cambia se si sceglie di non uscire dal mondo giuridico e di individuare i diritti della persona umana ricorrendo esclusivamente al diritto, senza aprire ad altre sfere, ovvero senza dire: i diritti della persona umana sono quelli che il cattolicesimo, il razionalismo, la cultura neoliberale, etc. definiscono tali, utilizzando la norma giuridica come semplice contenitore o recettore (struttura) formale. Il diritto, infatti, non ci può dare che una risposta tautologica: i diritti della persona umana sono quelli che il diritto stesso definisce tali, laddove una norma giuridica riconosca una posizione giuridica soggettiva in capo ad una persona umana, siamo in presenza di un diritto dell'uomo. Questa risposta può anche apparire più astratta, non essendo debitrice ad alcuna concezione esterna, ma in sostanza non è di aiuto nell'individuare un catalogo astratto più di altre in quanto non dà che dei risultati *ex post* (i diritti sono quelli individuati come tali) e relativi (muta la norma, muta il catalogo). Il diritto positivo, il positivismo possono apparire come una scienza, fondata sul dato concreto e non su un oggetto di fede o, comunque, di adesione "sentimentale" ad una teoria o cultura, – e, di conseguenza presentare caratteristiche di maggior astrattezza – ma, in pratica, consentono solo di illustrare gli elementi presenti *a posteriori*, non permettono di per sé di comprendere perché un dato elemento è definito in quel modo o di estrapolarne una nozione astratta<sup>20</sup>. Ragionando in

<sup>19</sup> Per un approfondimento del tema, cfr. anche parte II, cap. II.

<sup>20</sup> La considerazione che il diritto positivo consente di stendere il catalogo dei diritti della persona umana solo in relazione ad una data epoca storica e solo in funzione descrittiva, peraltro, non significa che, analizzando l'evolversi del diritto positivo nel tempo e nello spazio, non si possano ricavare elementi utili nel tentativo di ricostruire l'eventuale esistenza di un *quid* universale (ma questo discorso vale in relazione ad ogni teoria in tema di diritti umani); per una definizione dei diritti il più possibile astratta da un "credo" particolare, non metafisica (e stabile), cfr. *infra*, spec. parte I, cap. II, par. II.3.



termini di diritto positivo, si possono individuare i diritti della persona umana in quel momento; nulla di più.

Dunque, in conclusione, ogni tentativo, utilizzando gli strumenti del ragionamento logico<sup>21</sup>, di passare da una definizione astratta formale ad una sostanziale, appare fallimentare: la definizione sostanziale appare sempre relativa, sia nel mondo del diritto, che in quello dell'etica, della religione, etc.

La definizione (formale) proposta parte dal dato della distinzione dei diritti della persona umana sanciti da norme giuridiche, rispetto a quelli che possono ritrovarsi in norme morali o religiose, ma non è in grado di passare al dato sostanziale escludendo queste ultime; definisce – se si vuole – il “diritto dell'uomo” in termini descrittivi, ma non prescrittivi. Detto altrimenti, il catalogo dei diritti dell'uomo dipende dal fondamento dei diritti stessi e questo può essere il diritto positivo, ma anche una teoria morale o una concezione tradizionalista o utilitarista o razionalista. La definizione giuridica (formale) di diritti della persona umana è compatibile con infinite teorie sul fondamento dei diritti; la questione da affrontare sarà dunque ora: qual è il fondamento dei diritti?

Prima di passare al grande problema, però, pare interessante soffermarsi sull'analisi di alcune, fra le molte definizioni proposte in tema di diritti dell'uomo, che appaiono presentare maggior astrattezza.

### II.1.2. *Alla ricerca di aiuto in alcune definizioni proposte*

Innanzitutto, una considerazione preliminare: sono stati condotti tentativi di elaborare il catalogo dei diritti della persona umana avendo riguardo non tanto al loro contenuto (quali diritti essenziali rispetto alla persona umana), ma piuttosto in

<sup>21</sup> Altra cosa sarà poi verificare, come già detto più volte, se empiricamente è possibile individuare delle costanti.

relazione al loro *status*. I diritti dell'uomo sono, in questa prospettiva, i diritti "fondamentali" per eccellenza, ovvero i diritti senza limiti. Questa affermazione però non pare essere comune a tutti quei diritti che, nel corso del tempo, sono stati considerati propri della persona umana e restringe il concetto – come è stato osservato – a pochissimi diritti, quali quelli di non essere resi schiavi e di non essere torturati; negli altri casi, infatti, i diritti umani subiscono limitazioni o per garantire altri diritti umani o per tutelare il pari diritto di altri individui<sup>22</sup>.

In precedenza, si è poi velocemente ricordata la definizione di «diritti umani» data da Antonio Papisca, nell'omonima voce del *Dizionario delle idee politiche*: per diritti umani «si intendono quei *bisogni essenziali della persona*, che devono essere soddisfatti perché la persona possa realizzarsi dignitosamente nella integralità delle sue componenti materiali e spirituali. In ragione della loro essenzialità, la legge riconosce questi bisogni come *diritti fondamentali...*»<sup>23</sup>. Si è osservato che nella definizione di Papisca è misconosciuto l'aspetto giuridico: i diritti umani – af-

<sup>22</sup> Così N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit.: «tra i diritti umani, come è stato più volte osservato, vi sono diritti con *status* molto diversi tra loro. Ve ne sono alcuni che valgono in ogni situazione e per tutti gli uomini indistintamente: ... come, ad esempio, il diritto a non essere resi schiavi e a non essere torturati... Ma anche fra i cosiddetti diritti fondamentali... sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengano in concorrenza con altri diritti ritenuti pur essi fondamentali ...» (p. 11).

Lo stesso diritto a non essere resi schiavi citato da Bobbio non è (stato) assoluto: il diritto di possedere schiavi, in tempi anche non remoti, è stato annoverato fra i diritti naturali (quale ovvia conseguenza dell'inferiorità, sempre naturale, ad esempio dei neri in America).

<sup>23</sup> A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 190. Simile appare l'ottica con la quale affronta il tema dei diritti umani, ad esempio, P. MENGOZZI, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, nel *Dizionario di politica* (diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), Utet, Torino, 1983, pp. 327 ss.: «le esigenze avanzate in tutti i tempi e in tutti gli ambienti sociali per il miglioramento della condizione dell'uomo, sono sfociate nella rivendicazione di libertà e di D. sinteticamente qualificati come "D. dell'uomo"» (p. 327).

ferma l'Autore – «costituiscono un dato ontico che preesiste alla legge scritta», che può soltanto riconoscerli, in quanto essi attingono al «patrimonio genetico della persona»<sup>24</sup>. Ora, si può osservare come la nozione proposta è compatibile con una definizione formale di diritti della persona umana, con la specificazione però che, alla stregua del concetto formale di diritti dell'uomo, essi esistono, o meglio, rientrano nella definizione, solo in quanto sono riconosciuti da una norma giuridica<sup>25</sup>. Nell'ottica di una definizione giuridica formale, è del tutto indifferente il fatto che i diritti umani costituiscano un «patrimonio genetico» della persona umana, ciò che rileva è quello che Papisca definisce il «fatto storico del riconoscimento giuridico», ovvero proprio ciò che, nella prospettiva (naturalista) dell'Autore, non appare essere che una modalità attraverso la quale essi acquistano notorietà, efficacia giuridica, ma non esistenza.

La teoria di Papisca<sup>26</sup> può convivere con la concezione giuridica astratta elaborata in questa sede, ma sottintende l'adozione di una particolare prospettiva fondativa dei diritti (in cui il ruolo del diritto appare descrittivo e "operativo", ma non costitutivo), di una scelta sul piano sostanziale che colloca la teoria stessa fra quelle di tipo naturalista o giusnaturalista<sup>27</sup>.

Il fondamento dei diritti scelto dall'Autore, peraltro, presenta un forte grado di astrazione: il riferimento è ai «bisogni essenziali della persona», senza ulteriori connotazioni; la persona è vista nelle sue componenti sia materiali che spirituali,

<sup>24</sup> A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 190.

<sup>25</sup> ... solo in quanto, si potrebbe dire, indossano una determinata veste; differente – si vedrà – è l'impostazione della definizione formale di chi, come Ferrajoli, vuole prescindere anche dal concreto riconoscimento in una norma giuridica.

<sup>26</sup> ...o, perlomeno, la ricostruzione teorica che Papisca considera opera della «dottrina giuridica più informata e coerente in materia» (A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 190).

<sup>27</sup> Si tenterà in seguito di elaborare una classificazione delle più diffuse teorie sul fondamento dei diritti dell'uomo.

senza che ad alcuna fra esse venga assegnata una posizione di preminenza. Ciò permette di considerare questa concezione sostanziale potenzialmente valida per un gran numero di teorie sul fondamento più specifiche<sup>28</sup>, quasi che essa fosse un contenitore, ma, da un lato, esclude comunque una serie di teorie, quali quelle positiviste<sup>29</sup>, dall'altro, la sua indeterminatezza la rende in realtà "inutile" proprio sul piano sostanziale. Il contenuto dei diritti resta indeterminato e indeterminabile, non essendo individuati nemmeno dei principi guida, dei criteri, in base ai quali redigere un catalogo dei diritti. Il rinvio ad una nozione generica di uomo consente di ricomprendere tutti i tipi di uomini (cattolici, musulmani, antropofagi, giainisti, individualisti, comunitaristi, liberali, marxisti, etc.), ma non definisce la "persona umana", non aiuta a identificare l'essenza dell'uomo. Da una parte, dunque, quello che sembra un tentativo di elaborare una definizione sostanziale astratta dei diritti umani, in realtà, effettua una scelta, optando per un'origine non volontaristica dei diritti<sup>30</sup>, dall'altra non sfugge ai problemi, alle

<sup>28</sup> Lo stesso Papisca precisa che «i d.u., quali enunciati nei documenti giuridici internazionali... non fanno ostacolo alla ricerca d'interpretazioni diversificate circa le loro ascendenze metagiuridiche», anche se – specifica – a condizione, se pur l'unica, «che tali interpretazioni non disconoscano il valore della dignità umana e il correlato principio di eguaglianza delle persone» (A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 195). Altrove (A. PAPISCA, *Riflessioni sul diritto internazionale dei diritti umani, diritto panumano*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/2, p. 21), l'Autore situa «alla sorgente del diritto panumano» «la profonda fede in valori universali quali pace, non discriminazione, solidarietà» (inferendo da ciò, fra l'altro, l'universalità del diritto internazionale dei diritti umani, al di là della loro adozione «in un consesso internazionale accentuatamente "occidentale"»).

<sup>29</sup> Si intende qui il positivismo in senso "stretto", ovvero la concezione per la quale il diritto positivo stesso è il "fondamento dei diritti", non semplicemente un contenitore (non un sistema di scrittura che si limita a trascrivere norme altrimenti fondate, ma la norma stessa).

<sup>30</sup> ... nel senso che i diritti non sono frutto della volontà, dell'opera creatrice dell'uomo, ma gli preesistono (o coesistono, ma senza che il suo arbitrio possa avere alcuna influenza).

insufficienze proprie di una definizione formale (in primo luogo, la mancata individuazione del catalogo dei diritti).

Lo sforzo di coordinare permanenza e connaturalità dei diritti con il loro riconoscimento, di tipo storico (relativo), produce, inoltre, risultati ambigui: i diritti umani non sono un «accessorio» momentaneo, «che oggi c'è e domani può non esserci» e, una volta che sono riconosciuti giuridicamente, tale riconoscimento diviene irreversibile e irrevocabile, non sono disponibili da parte della storia, ma sono scoperti nella storia<sup>31</sup>. La sintesi sembra essere: i diritti umani ci sono sempre stati (sono innati), ma si vedono (e “funzionano”) solo quando vengono tradotti dalla legge, attraverso un processo irreversibile<sup>32</sup>. Un elemento appare chiaro in questa costruzione: la volontà di conciliare astrattezza e universalità, di non effettuare un'opzione metafisica e, contemporaneamente, non lasciare ogni cosa al mutevole capriccio umano.

Altra definizione che, muovendosi sempre in una prospettiva sostanziale, si propone come astratta (universale), all'interno di una concezione per la quale i diritti della persona umana sono innati, inviolabili e irrinunciabili, è quella proposta da Francesco Compagnoni, voce *Diritti dell'uomo*, nel *Nuovo Dizionario di Teologia Morale*: «si può dire che i ddu [diritti dell'uomo] sono *diritti pre e sovra-statali*; sono innati nell'uomo ed irrinunciabili; la loro validità viene sottratta al riconoscimento e disconoscimento statale; derivano da una fonte di diritto sovra-positiva di diritto naturale, o divino, oppure – rinunciando a tentativi di fondazione metafisica – dal fatto stesso di essere uomini. La loro accettazione nell'ordinamento costituzionale positivo dello Stato non ha perciò effetto costitutivo, ma solo

<sup>31</sup> A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 190.

<sup>32</sup> Una volta formalizzato il riconoscimento giuridico «– normalmente, con un atto di rilievo costituzionale – esso non è disponibile, non può essere revocato né da chi lo ha posto formalmente in essere né da altri. La ragione di questa irreversibilità è fatta risiedere nell'assunto che i d.u. sono diritti innati, quindi inviolabili e inalienabili...» (A. PAPISCA, *Diritti umani*, cit., p. 190).

carattere dichiarativo»<sup>33</sup>. Questa nozione di diritti dell'uomo potenzialmente include ogni teoria non volontaristica, cioè ogni dottrina che non subordina i diritti ad un intervento (creatore) umano, ma li considera esistenti a prescindere dall'opera dell'uomo. Viene dunque escluso ogni fondamento positivista dei diritti della persona umana e aperta invece la porta ad ogni fondamento non subordinato all'azione umana: ciò significa che nella definizione proposta trovano spazio coloro che ritengono i diritti la trascrizione della volontà divina, coloro che ne rinvergono il catalogo nel diritto naturale ed anche coloro per i quali essi rampollano, inevitabilmente, dal *fatto* dell'esistenza fisica dell'uomo. Con quest'ultima specificazione, in particolare, pare che il concetto di diritti dell'uomo in questione possa considerarsi comprensivo anche di quelle teorie che, per così dire, vantano pretese scientifiche, non fideistiche, che chiedono di credere nei diritti semplicemente in considerazione dell'esistenza fisica (biologica) dell'uomo.

A ben considerare, peraltro, anche le teorie c.d. fisiche o biologiche, contengono sempre un elemento fideistico: oggetto di fede è, in questo caso, la correlazione fra l'esistenza fisica dell'essere "uomo" e la presenza di una certa dote di diritti, non stabiliti e non disponibili da parte dell'uomo stesso.

In conclusione, quindi, si potrebbe dire che la definizione esaminata presenta un grado di astrattezza potenzialmente universale nei confronti di ogni fondamento basato su un "credo", con l'esclusione però dei fondamenti basati sul "vedo" (i diritti esistono in quanto sono "scritti" in norme giuridiche). Al mondo giuridico è riconosciuta una funzione di garanzia e di certezza dei diritti (attraverso il diritto positivo essi divengono «diritti effettivi»), ma non di creazione o di fondamento<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> F. COMPAGNONI, *Diritti dell'uomo*, in F. Compagnoni, G. Piana, S. Privitera (a cura di), *Nuovo dizionario di teologia morale*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 1990, p. 220.

<sup>34</sup> Vedi F. COMPAGNONI, *Diritti dell'uomo*, cit., spec. p. 220.

Propone, invece, una nozione nella quale necessariamente «sono intrecciati» la morale e il diritto<sup>35</sup>, Gregorio Peces-Barba: «non ha senso parlare di fondamento di un diritto che non sia in seguito suscettibile in alcun caso di integrarsi nel diritto positivo» e «non ha senso parlare del concetto di un diritto che non possiede una radice etica legata alle dimensioni centrali della dignità umana». L'Autore non opta per un particolare fondamento filosofico (per un «credo» specifico), ma considera elemento integrante del diritto la sua giuridicità, la sua integrazione nel diritto positivo; fondazione positivistica e legittimazione morale non sono due elementi alternativi, ma due elementi co-fondativi (a differenza della definizione prima ricordata, alla stregua della quale il diritto positivo non ha una funzione costitutiva, ma solo dichiarativa). Il concetto di Peces-Barba è astratto, nel senso che è potenzialmente aperto a qualsivoglia filosofia o morale, ma è chiuso ad esempio nei confronti delle teorie che fondano unicamente nel «vedo», nel diritto positivo, l'esistenza di un diritto della persona umana: il «vedo» è un elemento necessario, ma non sufficiente. L'intento dichiarato dall'Autore, del resto, è proprio quello di evitare il riduzionismo giusnaturalista o quello positivista – che «ingannano e dissimulano il significato integrale dell'espressione»<sup>36</sup>; il che, da un punto di vista terminologico, lo spinge a preferire la locuzione «diritti fondamentali» (rispetto a «diritti umani» od altre) in quanto meglio atta a «comprendere tanto i fondamenti etici quanto le componenti giuridiche»<sup>37</sup>.

Una comprensività ed una astrattezza maggiore presenta la definizione di «diritti fondamentali»<sup>38</sup> recentemente elaborata

<sup>35</sup> Con la mediazione – spiega l'Autore – del potere (G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., spec. p. 85-86).

<sup>36</sup> G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 12.

<sup>37</sup> G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 23.

<sup>38</sup> Senza addentrarsi nel difficile terreno delle differenze fra espressioni quali diritti umani e diritti fondamentali, basti osservare che la nozione proposta da Ferrajoli sembra riferirsi al concetto di «diritti della persona umana» oggetto di indagine.

da Luigi Ferrajoli, che prescinde da qualsivoglia riferimento ad una fonte sostanziale, ovvero ad un fondamento dei diritti dell'uomo. Come già accennato, si tratta di una nozione che si muove su di un piano formale, l'Autore stesso afferma di proporre «una definizione teorica, puramente formale o strutturale»: «sono “diritti fondamentali” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire»<sup>39</sup>.

Senza pretendere qui di commentare la suggestiva teoria di Ferrajoli sui diritti fondamentali, pare comunque opportuno tentare alcune riflessioni.

L'Autore considera la sua definizione al di fuori di un orizzonte di diritto positivo, una «definizione teorica» che, «pur essendo stipulata con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie», «prescinde dalla circostanza di fatto che in questo o quell'ordinamento tali diritti... siano (o non siano) enunciati in norme di diritto positivo»<sup>40</sup>.

La definizione si propone, dunque, come potenzialmente atta a prescindere da qualsivoglia orizzonte giustificativo dei diritti, è – così precisa lo stesso Ferrajoli – «ideologicamente neutrale»; si basa quale elemento qualificante, non sulla fonte (intesa in senso ampio) dei diritti, non sulla loro *ratio* o sostanza<sup>41</sup> e nemmeno sul loro *status* o sulla loro esistenza fisico-giuridica concreta<sup>42</sup>, ma sulla loro universalità. La titolarità dei di-

<sup>39</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit, p. 5.

<sup>40</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit, p. 5.

<sup>41</sup> Afferma L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit.: «la nostra definizione è una definizione *formale* o *strutturale*, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali» (p. 6).

<sup>42</sup> Si prescinde – come detto sopra – anche dalla circostanza che essi siano sanciti in una Costituzione o in qualsivoglia norma positiva, ovvero da un fondamento di tipo positivista.



ritti assurge ad elemento portante della struttura del diritto stesso, è il nucleo centrale della definizione, il *quid*, la sostanza (se pur formale) del concetto<sup>43</sup>; nello sviluppo del ragionamento, poi, essa verrà anche a fornire alcune caratteristiche dei diritti stessi, quali l'inalienabilità e l'indisponibilità.

Ciò che però desta perplessità è l'identificazione dell'«universale»; l'Autore specifica che tale termine deve essere inteso «nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti» titolari dei diritti. In questo senso, senza dubbio, la definizione proposta presenta tutti i vantaggi elencati dallo stesso Ferrajoli: «è valida per qualunque ordinamento, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso previsti o non previsti, inclusi gli ordinamenti totalitari e quelli premoderni», è «valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivistica o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e antidemocratica»<sup>44</sup>.

Sembrerebbe di aver finalmente incontrato una definizione astratta (se pur formale), in grado di prescindere da connotazioni storiche, sociali, da qualsivoglia orizzonte giustificativo dei diritti (religioso, positivo, ideale); la ricerca di astrattezza e di a-valutazione, al di là dell'indubbio fascino della formula, però, si svigorisce nell'indeterminatezza e nel contempo nella storicità del rinvio – come fulcro e fondamento nella identificazione dei “diritti fondamentali” – all'essere “universale” della titolarità dei diritti stessi.

L'universalità è indeterminata e, nel tentativo di non perdere in astrattezza e di non assumere qualificazioni implicanti l'adesione ad una prospettiva di valore (verrebbe quasi da dire ad una legittimazione o teoria sul fondamento), assume dei caratteri così vaghi che non consente di identificare nulla a priori

<sup>43</sup> Vedi chiaramente, in tal senso, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit, laddove afferma che la sua definizione dei diritti fondamentali «si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione» (p. 6).

<sup>44</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 6.

come diritto fondamentale e, perdendo ogni carattere prescrittivo, rischia di cadere nella tautologia per cui diritto fondamentale è quello che spetta a “tutti” e ciò che compete a “tutti” è diritto fondamentale. La definizione, in altre parole, pare non definire nulla: è diritto fondamentale ciò che è universale, ma che cos’è universale? Chi stabilisce quando il diritto è universale?

Nella volontà di non uscire da uno spazio avalutativo, la formula proposta si chiude in sé stessa, restando sì aperta a qualsivoglia contenuto, ma senza identificarne o fornire i criteri necessari per ravvisarne alcuno. In questo senso eloquenti sono gli esempi presentati da Ferrajoli, ove sottolinea come la libertà personale è «di fatto» tutelata come universale e, dunque, diritto fondamentale, ma ove fosse alienabile e, di conseguenza, virtualmente non universale (come in una società schiavista), non sarebbe «quindi» fondamentale, e come, inversamente, se fossero stabiliti come universali i diritti di fumare o di essere salutati per strada, essi sarebbero diritti fondamentali<sup>45</sup>.

Si potrebbe obiettare alla critica prima mossa circa la mancanza di un criterio identificativo che in realtà gli esempi citati dimostrano proprio che esso esiste ed è l’universalità: ma è lo stesso discorso dell’Autore a mostrare la vaghezza e – come detto – insieme la storicità del criterio proposto, ovvero il suo essere o un canone di tipo autoreferenziale oppure relativo. Il che significa, in entrambi i casi, che la definizione non consente di individuare un contenuto nel contempo astratto (nel senso di generale, universale) e concreto.

Viene puntualizzato dallo stesso Ferrajoli che l’«universalità non è assoluta», il “tutti” è «logicamente relativo alle classi dei soggetti cui la loro [n.d.r.: dei diritti] titolarità è normativamente riconosciuta» e queste classi di soggetti vengono identificate attraverso gli «*status* determinati dall’identità di “persona” e/o di

<sup>45</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 6.

“cittadino” e/o di “capacità d’agire”»<sup>46</sup>. Personalità, cittadinanza e capacità d’agire sono però parametri non più universali, ma legati a concezioni particolari, delimitate spazialmente e storicamente e, che – come osserva l’Autore – «sono state oggetto, nella storia, delle più varie limitazioni e discriminazioni»<sup>47</sup>.

Si può dedurre, quindi, che “universale” è in sostanza in una determinata epoca storica ciò che in quel momento, in quel territorio, viene definito tale: in questo senso le categorie citate dall’Autore (“persone”, “cittadini”, “capaci d’agire”) possono anche essere interpretate solo come alcune possibili estrinsecazioni della nozione universale di “essere umano in quanto possiede un determinato status”. In altre parole, sembra di poter sostenere che, tradizionalmente, l’universalità è stata individuata, ad esempio, in relazione alla cittadinanza, ma potrebbe anche esserlo, in ipotesi, in riferimento a tutti coloro che possiedono trentadue denti<sup>48</sup>. Ma allora definire il diritto fondamentale in relazione a questa universalità, non significa altro che non definire nulla, oppure poter definire solo a posteriori e calandosi nella storia: in tal modo però si arriva ad una estrema relativizzazione, che vanifica ogni tentativo definitorio astratto, abbandonando qualsiasi pretesa prescrittiva in favore di una semplice descrizione<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 7. Si ricorda anche che nella teoria di Ferrajoli dalla titolarità di “tutti” dei diritti fondamentali è inferito il principio dell’uguaglianza.

<sup>47</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 7.

<sup>48</sup> Nel senso qui indicato cfr. R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 46: «non è chiaro perché i predicati significativi debbano essere proprio quei tre – personalità, cittadinanza, e capacità d’agire – e non altri».

<sup>49</sup> R. GUASTINI, *Tre problemi*, cit., criticando – come detto sopra – il riferimento alla personalità, cittadinanza e capacità d’agire – considera come l’universalità sia «dopo tutto... un concetto vuoto» e «non sia affatto una caratteristica interessante dei diritti fondamentali» (p. 47); a ciò si potrebbe aggiungere, per sottolineare l’incidenza di una conclusione siffatta, che l’universalità non è un aggettivo, che arricchisce il concetto di diritto fondamentale, ma il centro della definizione.

Forse tutto questo dimostra, ancora una volta, la difficoltà – o l'impossibilità – di passare, mantenendo l'astrattezza, da una definizione formale ad una sostanziale e a tal proposito occorre ricordare che, se l'universale di Ferrajoli non si presta ad essere riempito di contenuto (astratto), l'Autore aveva sin dall'inizio specificato di proporre una definizione formale<sup>50</sup>.

La questione è che, in realtà, appare gravoso abbandonare la tentazione di riempire la formula e, in tal modo, di conferire stabilità e certezza ad alcune posizioni giuridiche soggettive; tutte le teorie sul fondamento (anche quelle positiviste, quando insistono sul valore di principio delle norme costituzionali sulle libertà o sul carattere di *jus cogens* di alcune proposizioni del

<sup>50</sup> Sempre con la precisazione che comunque sembra che i riferimenti alla personalità, cittadinanza e capacità d'agire portino la definizione al di fuori di un'ottica formale; sull'abbandono da parte di Ferrajoli, nel corso del suo argomentare, della nozione logico-formale di diritti fondamentali, cfr. D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza*, cit., pp. 49 ss. (spec. p. 55). Zolo, fra l'altro, esprime perplessità a proposito del legame che ravvisa nel pensiero di Ferrajoli fra elaborazione formale di diritto fondamentale e teoria della democrazia, osservando in particolare come ai diritti fondamentali vengono attribuiti, nel loro fondare la «dimensione sostanziale della democrazia», valenze politiche-ideologiche. Senza qui approfondire questa parte dell'opera di Ferrajoli ed entrare nel merito delle critiche di Zolo, pare interessante anche solo sottolineare come proprio l'utilizzo della definizione formale proposta quale fondamento di «quattro tesi... essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale» (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 9) dimostri l'esigenza di «andare oltre» rispetto ad una costruzione formale e senza valori. Tale considerazione rimane vera, anche se, nei suoi interventi successivi, Ferrajoli, replicando alle obiezioni di Zolo (ma anche di altri Autori, quali Jori e Vitale, per i quali cfr. sempre il volume L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit.), insiste sulla distinzione fra i vari livelli dei discorsi, in particolare fra quello della teoria del diritto e quello della dogmatica giuridica (L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., spec. pp. 130-133); la separazione fra i vari livelli del discorso mostra soltanto – una volta in più – che non può essere data una definizione sostanziale astratta, ma che quando si discorre di contenuti dei diritti, inevitabilmente si cambia di livello e si scende in un contesto, occupandosi di una determinata connotazione del concetto astratto.

diritto internazionale), non esprimono forse quest'esigenza di fissare, rendere sicuro, "eternizzare"? È difficile accettare un'impostazione relativistica pura, scevra da qualsiasi riferimento di valore, restare indifferenti al contenuto che può assumere il concetto di dignità umana, alle proposizioni giuridiche che concretamente creano e tutelano lo *status* e le pretese della persona. Si condivide, ma spaventa, il discorso di Ferrajoli, quando sostiene che le questioni su quali sono, quali devono essere, e che cosa sono i diritti fondamentali vanno tenute rigorosamente distinte<sup>51</sup>, perché ciò in sostanza significa che i diritti sono quelli che storicamente sono scritti nel diritto positivo, ciò che devono essere è frutto delle credenze morali, filosofiche o politiche di ciascuno<sup>52</sup> e, in definitiva, che nei diritti "tutto scorre", compreso quel che vorremmo universale ed eterno, a garanzia della persona nostra e dei nostri discendenti<sup>53</sup>.

Tornando alla risposta di Ferrajoli al quesito su "che cosa sono i diritti fondamentali", si può ancora osservare come utilizzando un concetto biologico di universale (comprendente ogni persona fisica)<sup>54</sup> potrebbe essere certo – non più vago e nemmeno relativo – il riferimento al "tutti"; si potrebbe elaborare una definizione, sempre formale (in quanto – come già osservato in precedenza, la nozione "scientifica" di essere umano non conduce ad inferire necessariamente delle posizioni sog-

<sup>51</sup> Ferrajoli precisa che la prima questione (quali sono i diritti fondamentali) appartiene alla scienza giuridica positiva, la seconda (quali devono essere) alla filosofia politica o della giustizia, la terza (che cosa sono) alla teoria del diritto (ed è qualificabile come una definizione stipulativa e formale) [L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 281].

<sup>52</sup> È – precisa Ferrajoli – «una risposta assiologia, di tipo normativo e perciò né vera né falsa» (L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 281).

<sup>53</sup> "Garanzia" qui è da intendersi in senso lato, come esistenza di un principio per il quale la negazione non equivale a cancellazione del principio stesso, ma ad una sua violazione (anche se non vi è una sanzione specifica).

<sup>54</sup> Si rinvia sul punto a quanto osservato prima, in relazione alla nozione scientifica di "essere umano".

gettive)<sup>55</sup>, ma dotata di una minor indeterminatezza e (un po' meno) debitrice al relativismo storico.

Ferrajoli, ad esempio, utilizza il riferimento agli «esseri umani» nel precisare una classe di diritti – i diritti umani – come «diritti primari delle persone, spettanti indistintamente a tutti gli esseri umani»<sup>56</sup>, considerandoli una delle quattro classi di diritti in cui si distinguono i diritti fondamentali, utilizzando i due criteri che «oggi» (la distinzione si basa quindi sull'assunzione di un preciso dato storico) segnano le differenze di *status*: la cittadinanza e la capacità di agire<sup>57</sup>.

### II.1.3. Una definizione astratta è solo formale?

Se si vuole tentare una conclusione, da un lato, non si può misconoscere il realismo di chi osserva come «“diritti dell'uomo” è un'espressione molto vaga», che indica una «classe variabile» e «anche eterogenea» di diritti<sup>58</sup>, o di chi considera che, essendo l'essere umano in continua evoluzione e, dunque, la persona umana un «essere storico, e perciò mutevole», così «i diritti umani sono realtà storiche, e perciò mutevoli»<sup>59</sup>. Dal-

<sup>55</sup> O, forse, al più se ne potrebbe inferire un diritto (non un dovere – si badi – perché l'intelligenza, la volontà sono tratti propri dell'essere umano) alla vita, come semplice conservazione del proprio essere biologico in vita.

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 8.

<sup>57</sup> L'Autore distingue «tra *diritti della personalità* e *diritti di cittadinanza*, spettanti rispettivamente a tutti o ai soli cittadini», e «tra *diritti primari* (o *so-stanziali*) e *diritti secondari* (o *strumentali* o di *autonomia*), spettanti rispettivamente a tutti o alle sole persone capaci d'agire»; in seguito, incrociando le due distinzioni, individua quattro classi di diritti: umani (diritti primari spettanti a tutti gli esseri umani), pubblici (diritti primari riconosciuti ai soli cittadini), civili (diritti secondari ascritti a tutte le persone capaci d'agire) e politici (diritti secondari riservati ai soli cittadini capaci d'agire) [L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 8].

<sup>58</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., pp. 8-11; più in generale, sulla posizione di Bobbio, cfr. le osservazioni svolte *infra*, approfondendo l'analisi degli

l'altro, non rinunciando a tentare una definizione, anche se formale, si potrebbe immaginare una proposizione che reciti: i diritti della persona umana sono quelle posizioni giuridiche che sono riconosciute in capo a ciascuna persona umana in quanto tale, ovvero in quanto essere fisico. Ciò, peraltro, con la precisazione che, quanto alla sostanza, ovvero al contenuto dei diritti della persona umana, pare alquanto difficile avanzare una qualsivoglia ipotesi, senza considerare l'orizzonte giustificativo e fondante dei diritti o, meglio, gli orizzonti giustificativi e fondanti dei diritti<sup>60</sup>.

Forse, provando ad analizzare alcune teorie sul fondamento dei diritti, si potranno rinvenire alcuni elementi comuni o,

scettici dei diritti dell'uomo (parte I, cap. III). Già sin d'ora, comunque, si può evidenziare, con specifico riferimento alla questione definitoria, come Bobbio osservi che «la maggior parte delle definizioni sono tautologiche», oppure «ci dicono qualche cosa sullo *status* desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto», o, infine, «quando si aggiunge qualche riferimento al contenuto, non si può fare a meno di introdurre termini di valore», e questi ultimi «sono interpretabili in modo diverso secondo l'ideologia assunta dall'interprete...» (*Sul fondamento*, cit., p. 8).

<sup>59</sup> L. SWIDLER, *Diritti umani*, cit., p. 30.

<sup>60</sup> In questo senso, cfr., fra gli altri, F. VIOLA, *Diritti dell'uomo. Diritto naturale. Etica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989, laddove sottolinea come nella fase interpretativa e applicativa delle formule sui diritti umani «il problema del fondamento non può... essere eluso se si vuole andare in cerca dei più diversi contenuti che le formule sui diritti umani nascondono» (p. 52); E. BERTI, *Per una fondazione filosofica dei diritti umani*, in ID, *Le vie della ragione*, il Mulino, Bologna, 1987, che osserva come sia «innegabile» (p. 284) la mancanza di un accordo sulla individuazione dei diritti umani e come «in questa situazione il problema di una fondazione si ripropone come non superfluo... perché essa può costituire una condizione necessaria per il loro riconoscimento. Non si può “riconoscere”, infatti, ciò che non si “conosce”, e non si può conoscere cosa sia “fondamentale” se non si riesce a indicarne i fondamenti, cioè a darne una fondazione» (p. 285); S. COTTA, *Il fondamento dei diritti umani*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit.: appare «assai bizzarra, anche a prima vista, la tesi che sia inutile accertare il fondamento di diritti detti fondamentali: e perché mai sarebbero tali?» (p. 647); «la questione del fondamento è... ineliminabile» (p. 653).

magari, assumendo come metodo di indagine una prospettiva diacronica, osservare un costante ampliamento nel catalogo dei diritti, quasi che, pur non potendone accertare il contenuto, se ne possano determinare alcune caratteristiche, quali l'irreversibilità, in conformità con un sempre crescente sviluppo dei bisogni e delle potenzialità umane. Ma anche questa ipotesi può essere vista soltanto come un tentativo estremo di non arrendersi alla mutevolezza di quella sfera di diritti di ciascuno che il desiderio di rendere intangibili porta ognuno di noi a legare a ciò che più si ha di sacro, sia magari anche solo la fiducia nella storia (in una concezione ottimistica del trascorrere del tempo<sup>61</sup>), nella capacità della specie umana di discernere e conservare ciò che essa stessa ha prodotto per favorire la propria evoluzione.

Se si vuole mantenere un'ottica astratta, priva di qualsiasi elemento "fideistico" e, per così dire, basata unicamente sulla ragione, sulla logica, la definizione di "diritti della persona umana" non può che essere formale; ogni tentativo di abbandonare l'indifferenza di una definizione formale e il suo estremo relativismo – vuoi perché fa paura, non dà certezze e non aiuta a dissipare il senso di transitorietà che caratterizza l'esistenza umana<sup>62</sup>, vuoi perché in fin dei conti lo si considera inutile perché non è di molto ausilio nel comprendere<sup>63</sup> il concet-

<sup>61</sup> ... o l'osservazione della storia da una particolare angolatura.

<sup>62</sup> L'uomo cerca sempre – contrariamente alla sua esistenza fisica (e proprio per questa), caratterizzata da un inizio e da una fine e calata in un determinato contesto – di agganciarsi a qualcosa di fisso, immutabile, permanente nel tempo (eterno, anche se questa parola introduce in ambiti che richiederebbero ben altri approfondimenti; sia consentito ricordare però che l'esigenza di "aggirare" e "superare" la transitorietà della vita umana è presente in quasi tutte le culture, anche se in forme differenti: reincarnazione, vita in un'altra, etc.).

<sup>63</sup> O, meglio, nel definire, perché, quanto alla comprensione, mostra per l'appunto che si tratta di un concetto relativo, sostanzialmente legato ad una credenza (religiosa, filosofica, nella storia, nella natura umana, etc.).



to di cui si discute – presuppone l'adozione di uno fra i molti orizzonti possibili.

Ciò è vero per i diritti umani, ma anche per altri nozioni, come, ad esempio, quella di democrazia, che, pur sembrando “aperte”, implicano in realtà una scelta, l'adesione ad un particolare “assoluto”. La democrazia intesa in senso procedurale si presenta come avalutativa, come un semplice metodo per assumere decisioni, indifferente rispetto al contenuto delle decisioni stesse (dunque potenzialmente astratta e relativistica)<sup>64</sup>. A prescindere, però, dalla difficoltà (impossibilità?) di immaginare una democrazia procedurale per così dire “pura”<sup>65</sup> – alla quale, ad esempio, non sono coesenziali alcuni diritti e libertà –, la stessa volontà di decidere, ad esempio, attraverso il suffragio universale, il metodo del dialogo, della ricerca del consenso, rappresenta una scelta per un valore. La democrazia è una valutazione in sé (che magari si presenta più “aperta” di altre), ma non è un concetto avalutativo, non è un'astrazione, ma è una posizione relativa o, detto altrimenti, rappresenta un particolare “assoluto”<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Da ultimo, per una argomentata configurazione di una democrazia procedurale minima, etichettata provocatoriamente come «democrazia senza diritti», cfr. A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003; l'Autrice critica ed evidenzia i rischi della «democrazia satura di diritti», delle concezioni «potenti di proceduralismo democratico», come quelle riconducibili alla «*deliberative democracy*», in quanto «inseriscono surrettiziamente nelle procedure democratiche valori sostanziali controversi» (così, sinteticamente, a p. X).

<sup>65</sup> Per la considerazione che «anche i valori procedurali sono il precipitato giuridico di valori sostanziali quali l'eguaglianza e la non violenza», cfr., tra gli altri, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 121.

<sup>66</sup> Senza dimenticare che il concetto di democrazia vive in mille declinazioni differenti; basti pensare alle distinzioni fra democrazia degli antichi e dei moderni, fra democrazia sostanziale e procedurale e/o formale, alle difficoltà di riempire di significato queste formule, di concretizzare il contenuto, il *modus procedendi*, che la democrazia evoca, o all'esigenza di adattare la democra-

La scelta per la democrazia è frutto di un “credo”: non si vuol mettere sullo stesso piano e considerare indifferente l’adozione di un metodo basato sull’uguaglianza e sulla partecipazione rispetto ad un metodo coercitivo ed impositivo – non vi fosse altro motivo (e forse, ragionando astrattamente e logicamente, è anche l’unico) dell’orizzonte ideale e storico, delle credenze di chi scrive – ma sottolineare che occorre pensare, prima di imporre la democrazia come metodo astratto e, quin-

zia al contesto socio-economico-culturale (o anche tecnologico), ovvero alla presenza di democrazie.

Sul concetto di democrazia, nel vasto catalogo degli scritti sul tema, si ricordano, per tutti, fra i “classici” moderni, N. BOBBIO, *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci (diretto da), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, pp. 296 ss.; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984; R. DAHL, *Democracy and his Critics*, New Haven, 1989, trad. it. *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1990; R. A. DAHL, *On Democracy*, 1998, trad. it. *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000; nonché, recentemente, le opere di R. GATTI, *Democrazia in transizione*, agrilavoro edizioni, Roma, 1997; A. D’Atena, E. Lanzillotta (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Carocci, Roma, 1998.

Per quanto concerne gli ultimi sviluppi della democrazia, cfr., in senso critico sulla «democrazia dei sondaggi», A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. soc.*, 1995/3, pp. 399 ss., e G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, spec. pp. 113 ss.; in generale, sulla questione dell’involuzione populistica della democrazia, da ultimo, *Dem. e dir.*, 2003/3, dedicato a *Democrazia e populismo*; sul concetto di postdemocrazia, A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001-IV, pp. 1612 ss. (dello stesso Autore, cfr. anche, per il proseguimento della riflessione sugli sviluppi della democrazia, *L’implosione della democrazia globalizzata*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, pp. 171 ss.), e C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003; su alcune nuove forme di democrazia, B. de Sousa Santos (a cura di), *Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003; H. ZINN, *Disobbedienza e democrazia*, il Saggiatore, Milano, 2003; T. SERRA, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino, 2002; G. BRONZINI, *Disobbedire, disobbedire, disobbedire. Quando contraddire le leggi costruisce democrazia*, in *Global*, 2003/01, spec. p. 27.

di, quasi senza considerarla un'imposizione ma un "fatto" logico (qualcosa che è dato e non preferito, una necessità), che, invece, essa è uno dei tanti assoluti che compongono il relativismo. È un assoluto che si presenta come aperto e relativistico, mentre altri si propongono come chiusi, è un assoluto formale e non sostanziale, ma al pari di tutti gli assoluti non abbandona la pretesa di essere "il migliore"<sup>67</sup>.

Lasciando l'esempio della democrazia<sup>68</sup> e riprendendo il discorso principale (che peraltro – come detto – è valido anche per la democrazia), qual è, a partire dalla constatazione relativistica testé fatta, lo sviluppo possibile?

Ora, o ci si arresta – magari elaborando e perfezionando la costruzione relativistica, sviluppando l'aspetto formale – oppure vi sono due soluzioni, percorribili anche congiuntamente e ambedue accompagnate da un sottofondo (il punto di partenza relativistico al quale, navigando in uno spazio astratto e con metodo razionale, si è approdati). La prima soluzione è verificare se nelle varie concezioni, nei differenti orizzonti relativi, nei molteplici cataloghi dei diritti, vi è qualcosa di comune<sup>69</sup>; la seconda è scegliere, proporre cioè una propria interpretazione, pur sapendo che non è l'interpretazione, ma *una* interpretazio-

<sup>67</sup> Analogo discorso si potrebbe fare in riferimento ad altri concetti o istituti – quali potrebbero essere il velo dell'ignoranza di Rawls, o anche le decisioni di un costituente – che si caratterizzano per la loro "apertura", per il loro porsi potenzialmente come una *tabula rasa*, come un foglio bianco, che però è di un certo formato e su cui si scrive con una determinata penna, ovvero che implica la scelta del criterio attraverso il quale saranno individuate le parole da scrivere sul foglio, la decisione, ad esempio, se predeterminare o meno l'utilizzo di una certa lingua o di un specifico colore con cui scrivere.

<sup>68</sup> A scusare l'approssimazione delle considerazioni a tal proposito svolte, si ribadisce come il riferimento alla democrazia deve essere inteso semplicemente come esempio.

<sup>69</sup> Ovvero se – riprendendo l'impostazione di Ferrajoli – vi sono elementi di consonanza nelle risposte ai quesiti su "quali sono" e "quali devono essere" i diritti.

ne<sup>70</sup> (anche se ovviamente si tenta di argomentarne la superiorità<sup>71</sup> rispetto alle altre).

Visto l'approdo, cioè, si può anche trovarlo troppo spoglio, senza fiumi da risalire ed esplorare, e preferire allora tuffarsi nell'acqua, cercando – se esiste e dov'è – un'onda eguale in tutto il mare, una corrente che con la stessa intensità e la stessa direzione attraversi gli oceani o il punto di incontro fra più correnti e/o magari restare affascinati da un'onda in particolare e allora seguirla, cantandone la bellezza.

Personalmente, perlomeno in questa sede, si preferisce non mantenersi in un'ottica di tipo kelseniano su una posizione generale e relativistica, approfondendola come si potrebbe, ma arrestarsi e confrontare le correnti che percorrono il mare, senza escludere di lasciarsi poi trasportare da una in particolare, ma sempre con la consapevolezza che non è l'unica.

## II.2. *Fra le teorie sul fondamento dei diritti dell'uomo*

Senza alcuna pretesa di completezza o anche solo di considerare le teorie più significative si navigherà nel mare, provan-

<sup>70</sup> Si condivide cioè il rapporto logico che vi è, ad esempio, nella costruzione kelseniana della dottrina pura del diritto (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1961, spec. pp. 95-98), nell'ambito del diritto positivo, fra la norma [lo «schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione» e rispetto al quale ogni atto che si mantiene all'interno e «lo riempie in un senso possibile qualsiasi, è conforme alla norma» (p. 95), paragonabile alla nostra definizione di diritto della persona umana] e le diverse possibilità di interpretazione o di esecuzione dello schema normativo; «il problema per cui ci si chiede quale, fra le possibilità date nello schema di una norma, sia quella «giusta» non è un problema rivolto alla conoscenza del diritto positivo, ma un problema politico-giuridico» (p. 98), «dal punto di vista del diritto positivo, non vi è ... un criterio in base al quale, nello schema della norma che deve essere applicata, una delle possibilità date possa essere preferita all'altra» (p. 96).

<sup>71</sup> Superiorità come “valore” del fondamento o come capacità di spiegare e legittimare l'esistente, cioè sul versante del dover essere o su quello dell'essere (o su ambedue, se giudicati in ipotesi coincidenti).

do a seguire alcune correnti, non necessariamente le più forti, nelle varie direzioni.

Nella navigazione, se pur si procederà senza una rotta particolare, si tenterà, per ora, da un lato, di proporre – a semplici fini chiarificatori e non di sistematizzazione dell'esistente – una classificazione possibile delle varie correnti giustificative dei diritti umani, e dall'altro, di approfondire le teorie degli scettici, ovvero di coloro che dubitano dell'esistenza di diritti della persona umana<sup>72</sup>.

Da una prima veloce ricognizione si può osservare che i diritti della persona umana possono essere concepiti come i diritti essenziali, nel senso di co-essenziali, rispetto alla natura o alla ragione umana, propri del "diritto naturale" (correnti giusnaturaliste), come i diritti che un Dio ha concesso all'uomo (teorie metafisiche), come i diritti riconosciuti dai patti internazionali o nelle Costituzioni dei singoli Paesi (scuola positivista), come i diritti che la tradizione da tempo immemorabile ascrive all'individuo (teorie tradizionaliste e/o storiche), come i diritti strettamente connessi ad alcuni valori, quali la giustizia o la democrazia (approccio c.d. razionalista), e così via. Ad ogni orizzonte di legittimazione dei diritti, ad ogni fondamento, corrisponde un catalogo (un contenuto particolare) dei diritti stessi.

### II.2.1. *Intorno al giusnaturalismo moderno; del fondamento metafisico*

L'idea di un diritto «sculpito nel profondo del cuore di ognuno»<sup>73</sup> da millenni affascina gli uomini ed ha spinto molti

<sup>72</sup> In seguito – come già anticipato – si indagherà, anche alla luce dei chiarimenti che l'analisi in questione può fornire, sull'esistenza e il contenuto di ipotetici elementi comuni.

<sup>73</sup> L'espressione è ripresa da Grozio (dedica all'opera *Mare liberum*, Antwerpen, 1609), come riportata da E. CASSIRER, *In difesa del diritto naturale*, cit, p. 103.

pensatori a teorizzare, quale fondamento dei diritti della persona umana, la natura umana o la ragione umana, anche se variamente intese<sup>74</sup>.

Anche non retrocedendo oltre il secolo scorso – che è stato il secolo che più di ogni altro ha visto crescere le critiche al giusnaturalismo<sup>75</sup> – sono molti gli Autori che hanno fondato la lo-

<sup>74</sup> Osserva A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980: «per oltre duemila anni l'idea del diritto naturale ha avuto una parte preminente nel pensiero e nella storia dell'Occidente», come «istanza ora conservatrice ora rivoluzionaria»; «la sua nozione era assai ambigua» ed è stata attaccata da molte parti, «fu dichiarata morta... e tuttavia il diritto naturale è sopravvissuto e provoca ancora discussioni» (p. 13). L'Autore sottolinea anche la presenza di una varietà di definizioni riconducibili al diritto naturale: «la c.d. «natura» poteva... adattarsi ai più diversi significati» e vi sono più tradizioni di diritto naturale; concludendo nel senso che «ciò che realmente richiede attenzione da parte dello studioso moderno è la funzione del diritto naturale, piuttosto che la dottrina in se stessa; ... i problemi che essa racchiude...» e che – conclude Passerin d'Entrèves – *mutato nomine* sono quelli (dell'essenza del diritto, ad esempio, o della validità del diritto) oggi affrontati nella filosofia del diritto e nella filosofia politica (pp. 18-21).

N. BOBBIO (*Locke*, cit.) osserva come vi sono varie dottrine giusnaturalistiche e come esse abbiano in comune «puramente e semplicemente una concezione oggettivistica dell'etica» (p. 67); il giusnaturalismo non è «una morale, bensì una teoria della morale»: ciò che vi è di comune nelle teorie del diritto naturale «non è di aver proposto o predicato una determinata morale, ma di aver sostenuto un determinato fondamento o una determinata giustificazione della morale, quale che fosse il suo contenuto» (p. 62).

<sup>75</sup> Senza con ciò dimenticare le critiche al giusnaturalismo mosse in precedenza dallo storicismo o dal romanticismo o, ancora, da Autori come De Maistre o Bentham (sui quali si rinvia a quanto osservato *infra*, parte I, cap. III). Fra le critiche più recenti mosse al diritto naturale fondato sulla natura umana o sulla ragione, cfr., in modo molto deciso, P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Città Aperta, Troina (En), 2001, pp. 128-129: «non è possibile ... dedurre dalla natura nessun principio normativo così come non è possibile dedurre nessun principio normativo dalla ragione»; «oggi è evidente che non sappiamo definire cos'è natura»; «mettersi sul terreno di dedurre norme dalla natura umana può produrre solo follia, quando non serve a costruire un'ideologia deresponsabilizzante...».

ro teoria sul diritto naturale ed hanno “agganciato” i diritti della persona umana all’idea di una natura o ragione umana, una essenza comune ed universale, astratta ed ontologica<sup>76</sup>. Ciò che è stato abbandonato è, se mai, il giusnaturalismo classico, nella versione del ’600-’700<sup>77</sup>, la legge naturale dello stato di natura di Locke, i diritti naturali quali storicamente positivizzati con le dichiarazioni francese e americane di fine Settecento, non il tentativo – e la tentazione – di ancorare i diritti della persona umana all’uomo stesso, come essenza universale, permanente<sup>78</sup> e data, a leggi “necessarie”, che esistono in un certo qual modo e non possono non esistere in quel modo, in obbedienza ad una concezione di razionalità astratta.

Il giusnaturalismo moderno – se così si può dire – è tendenzialmente meno astratto, tende a presentarsi più come espressione di un ragionamento logico che come oggetto di una costruzione filosofica; inoltre, pare maggiormente conscio della distinzione fra dover essere e essere (fra morale e diritto, diritto naturale e diritto positivo)<sup>79</sup>. Alcune teorie recenti, pur se ascrivibili al giusnaturalismo, si caratterizzano per rappresentare, più che un astratto dover essere (dal quale non può che discendere un determinato essere, che l’uomo traduce ma non crea), una chiave di lettura, un parametro che legittima (o delegittima) l’esistente – accostandosi al mondo dell’essere (non necessariamente

<sup>76</sup> Fra i giusnaturalisti del secolo scorso, oltre gli Autori ricordati *infra*, non si può dimenticare L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit.; J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, trad. it. *Legge naturale e diritti naturali* (a cura di F. Viola), Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>77</sup> In argomento si rinvia alla bibliografia e alle osservazioni svolte *supra* (parte I, cap. I, spec. par. I.2).

<sup>78</sup> Anche se ciò non esclude che alcune teorie, riferibili sempre ad una impostazione ontologica, concepiscano storicamente e/o in senso progressivo il concetto di natura umana e, in particolare, i diritti che ne derivano (vedi in proposito quanto si osserverà fra poco *infra*).

<sup>79</sup> ... nell’ottica che l’essere *dovrebbe* coincidere con il dover essere, ma non necessariamente è così, che il diritto *dovrebbe* essere giusto, ma che non necessariamente diritto e morale coincidono.

coincidente con il primo). In altre parole, il diritto naturale prescrive ciò che è giusto o ingiusto e il diritto positivo si limita a stabilire ciò che è valido o non valido in un determinato contesto: il diritto naturale non coincide necessariamente con il diritto positivo, ma può “fondare” e fornire il termine di raffronto per “giudicare” il diritto positivo<sup>80</sup>. In quest’ottica sembra che si verifichi una congiunzione con il mondo del diritto positivo, che si possa modificare la contrapposizione tradizionale fra giusnaturalismo e positivismo<sup>81</sup>, immaginandoli come due visioni non necessariamente antitetiche, ma ipoteticamente anche complementari (che si completano a vicenda)<sup>82</sup>. Uno studioso del diritto naturale come Passerin d’Entrèves scrive che il diritto naturale è il punto «nel quale i valori e le norme coincidono», il punto «che rappresenta l’origine ultima del diritto e al tempo stesso l’inizio della vera vita morale»<sup>83</sup>. Ed è un “punto” che tende a ritrarsi sempre più “indietro”: molte fra le moderne teorie giunaturalistiche tendono a costruire in maniera discorsiva la natura umana e/o a concepirla come insieme di possibilità, sottolineando elementi quali la scelta, la volontà, il consenso, l’auto costruzione e determinazione, e trascurando l’immagine della natura umana quale componente di un ordine cosmologico.

<sup>80</sup> In altre parole: il diritto naturale è il diritto ideale, quello positivo il diritto esistente ed il rapporto fra i due è strutturato di conseguenza, ovvero in termini di tensione del secondo verso il primo.

<sup>81</sup> Basti ricordare, in proposito, N. BOBBIO, *L’eredità*, cit., p. 137: «la negazione del diritto naturale trova... la sua più radicale espressione nel positivismo giuridico».

<sup>82</sup> Ciò anche senza considerare – come sottolinea Dogliani – che è difficile, al di là dell’ipotesi del diritto come «mera forma del dominio», che il diritto sia una qualsiasi forma vuota: «quando Hobbes o Kelsen ci dicono: per realizzare la pace fai in modo che si possa produrre il diritto e rispettarlo, che cosa intendono per diritto? Una forma vuota qualsiasi? No, ...» (M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2001, p. 123).

<sup>83</sup> A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 137.



Il diritto naturale può essere concepito come espressione del *quid* che fonda ogni costruzione logica e/o di diritto positivo che pretenda di essere non solo descrittiva ma anche prescrittiva; un *quid* che può essere il diritto naturale, ma anche la norma presupposta di Kelsen, una divinità, il potere, l'effettività, etc. Man mano che, con il giusnaturalismo moderno, si assottiglia la prospettiva ontologica e metafisica, è sempre più difficile distinguere una vera e propria prospettiva di "diritto naturale" in senso stretto.

Si tratta, infatti, di un "credo" che tenta sempre più di collegarsi al "vedo" e di presentarsi come logicamente connesso ad esso, con pretese di scientificità e con sempre meno presupposti di tipo metafisico-ontologico. È sempre una credenza (significative in proposito sono le parole di Maritain: «suppongo che voi ammettiate esservi una *natura umana* e che questa natura umana è la stessa presso tutti gli uomini»: «la credenza in questa legge [n.d.r.: naturale] è più ferma e irremovibile presso coloro che credono in Dio... è sufficiente tuttavia credere alla natura umana...»)<sup>84</sup>, ma vorrebbe essere più scientifica, accostarsi alla logica, non alla metafisica.

Scrivono Berti: la fondazione dei diritti umani «non può essere "scientifica", cioè puramente descrittiva, a-valutativa, ...

<sup>84</sup> Occorre credere cioè (anche se solo alla natura umana e non necessariamente a Dio) per concludere che «la persona umana ha dei diritti per il fatto stesso che è persona», che «per legge naturale, la persona umana ha il diritto di essere rispettata, è soggetto di diritto e possiede dei diritti», che tali diritti «derivano dal primo principio: fare il bene ed evitare il male, in maniera *necessaria* e per il solo fatto che l'uomo è l'uomo» (J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1942, trad. it. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Ed. di Comunità, Milano, 1953, pp. 108-111, 114). Maritain, quindi, distingue il piano, per così dire, pratico dei diritti, sui quali «si può andare d'accordo», e quello di legittimazione, di fondamento dei diritti, il «perché»: afferma che «la vera filosofia dei diritti della persona umana si fonda... sull'idea della legge naturale» (p. 112) e, nel contempo, però è conscio del fatto che «sui diritti dell'uomo si può andare d'accordo, a condizione che non ci si domandi perché» (Maritain, come citato da E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 283).

perché nel caso dei diritti umani si ha a che fare non semplicemente con dei fatti, con uno stato di cose, con un “essere”, ma con dei valori, con delle norme, cioè con un “dover essere” e «non può essere nemmeno esclusivamente «religiosa», cioè legata ad una determinata fede, perché in tal modo sarebbe inevitabilmente condannata ad essere accettata solo da alcuni...»<sup>85</sup>. Non resta dunque – conclude l’Autore – «che tentare una fondazione «filosofica», perché la filosofia si propone di usare solo la ragione, che è comune a tutti...» e può essere utilizzata per fondare dei «valori», servendosi di «una razionalità di tipo pratico, cioè non scientifico-astratto, modellato sulla matematica, bensì concreto, modellato sulla dialettica (nel senso antico del termine), o sulla retorica (intesa in senso positivo), o sull’ermeneutica (come interpretazione e comprensione della realtà umana)»<sup>86</sup>.

Ora, il discorso di Berti apre una duplice prospettiva: si può insistere sull’esistenza di una ragione (con la R maiuscola) «comune a tutti» oppure enfatizzare l’aspetto relativo al metodo, alla razionalità che «consiste soprattutto nel confronto e nella discussione delle diverse opinioni, inserite nel loro contesto storico e valutate nella loro capacità di trascenderlo..., sempre facendo riferimento ad un orizzonte di valutazioni comuni, condivisibili da tutti (non, dunque, ad una particolare filosofia, o «metafisica»)»<sup>87</sup>.

Se si pone come elemento centrale il confronto si può pervenire alla constatazione della presenza di elementi comuni e si può restare nell’ambito dei fatti (del “vedo”)<sup>88</sup>, sempre che l’«orizzonte di valutazioni comuni, condivisibili da tutti» sia ancorato ad una realtà concreta e non oggetto di fede. Se, inve-

<sup>85</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 285.

<sup>86</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., pp. 285-286.

<sup>87</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 286.

<sup>88</sup> La constatazione dell’esistenza di diritti comuni a tutti gli uomini postula al più l’esistenza dell’essere fisico (biologico) uomo, non necessariamente quello di una determinata “natura umana”.

ce, si postula la condivisione a priori di una natura umana comune, la cui presenza magari è constatata attraverso il confronto, ma che comunque è solo presupposta per il futuro – senza che in tal caso sia possibile, ovviamente, alcun riscontro concreto –, si entra in un orizzonte fideistico, in una particolare prospettiva ontologico-metafisica.

Berti, analizzando storicamente la natura umana e i diritti, nota le differenze riscontrabili fra epoche diverse e popoli differenti, ma le spiega con l'affermazione che la natura umana rappresenta un «*telos*, compimento, pieno sviluppo»<sup>89</sup> e, in quanto tale, è il fondamento di tutti i diritti umani fondamentali, sia negativi che positivi. La natura umana è sempre stata – e sempre sarà – nello stesso modo: il carattere individualistico delle Dichiarazioni di fine Settecento era giustificato da un punto di vista storico e l'esclusione nella cultura greco-romana di alcuni uomini dalla condivisione della «natura umana» era dovuto allo stadio di «sviluppo dei mezzi di produzione di quell'epoca» (che «non consentiva a tutti gli uomini il raggiungimento della propria perfezione») e alla mancanza dell'«idea di una comune origine del genere umano, introdotta dal cristianesimo»<sup>90</sup>. La natura umana, da un punto di vista ontologico, esiste (se pur nella prospettiva del *telos*): il problema è gnoseologico, riguarda la conoscenza di questa natura umana, che non può essere – sostiene l'Autore – «immediata ed esaustiva», assoluta<sup>91</sup>, ma è progressiva («il che spiegherebbe i progressi storici») e procede per argomentazioni retorico-dialettiche<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 290.

<sup>90</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 290.

<sup>91</sup> Come era nella concezione del giusnaturalismo classico; Berti rifiuta la concezione di «natura umana» del giusnaturalismo classico, per sostenerne una pre-moderna e post-moderna (cfr. *Per una fondazione*, cit., p. 289).

<sup>92</sup> Vedi, in particolare, E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 292, che richiama il concetto di conoscenza di Maritain (la conoscenza per inclinazione), Perelman (la nuova retorica), Gadamer (l'ermeneutica) e Karl-Otto Apel (l'imPLICAZIONE pragmatica).

In conclusione, dunque, si ipotizza la presenza di una pre-determinata natura umana e di un particolare sviluppo conoscitivo della stessa e ciò non sembra provato dall'esperienza, ma, al contrario, il confronto e la discussione evidenziano le differenze e queste ultime vengono superate proprio in ragione del concetto di natura umana e di conoscenza della stessa, ovvero in virtù di un atto di fede. La prospettiva è quella giusnaturalista e la pretesa di logicità (o di scientificità in senso lato) naufraga nell'ammissione «che l'uomo per natura tende allo sviluppo completo di sé», per cui ha un diritto a tale sviluppo, anche se può scegliere di non riconoscerlo. Se non lo riconosce, rifiutando «di obbedire alle indicazioni risultanti dalla natura», opera – afferma Berti – una «scelta morale»: si è di fronte ad un presupposto non messo in discussione (le indicazioni risultanti dalla natura umana, cioè la tensione allo sviluppo) e ad una scelta etica (obbedire o meno alle prescrizioni che rampollano dalla natura umana). Occorre allora credere nell'esistenza della natura umana-telos e, poi, credere optando (in ipotesi, per l'obbedienza alle indicazioni della natura): dunque, su un duplice “credo” sembra fondarsi, in ultima istanza, la teoria di Berti<sup>93</sup>. Peraltro, è anche da considerare come, da un lato, sia comunque riconosciuto un elemento volontaristico, la facoltà di scegliere, e, dall'altro, come l'Autore sostenga che, se la motivazione della scelta non è «scientifica», ciò non significa che sia irrazionale (si potrebbe dire, oggetto di fede). Si tratta di «razionalità pratica» – «motivata» e che può «persuadere»<sup>94</sup> –, una razionalità pratica che, però, – pare di poter aggiungere – sembra risolversi in una “fede ragionevole”, nel fatto cioè che esista una ragione co-

<sup>93</sup> Osserva N. BOBBIO (*Locke*, cit.): «esaminando le opere dei giusnaturalisti», si può rilevare un «falso passaggio da una constatazione di fatto a un giudizio di valore», il che «avviene di solito in due modi: a) o introducendo surrettiziamente valori non dichiarati; b) oppure attribuendo alla natura... un valore positivo» (p. 71).

<sup>94</sup> E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., p. 295.

mune a tutti, al di là delle consuetudini di vita, del modo di pensare influenzato dalla società, dalla cultura, dalle condizioni socio-economiche (da quelle che nella terminologia marxista sono la struttura e la sovrastruttura). Si “crede” che esista qualcosa di universale rispetto alle persone umane, che in parte è strutturale (la natura umana, una razionalità pratica condivisibile<sup>95</sup>) e dato, e, in parte, è costruito sulla struttura, ma può anche essere immaginato come fatto che esiste indipendentemente dalla struttura stessa e che al più la struttura può supportare: i diritti discendono dalla natura umana, ma possono essere anche trovati attraverso il dialogo e l’analisi delle esperienze concrete.

Altro Autore che, recentemente, pare restio ad abbandonare completamente la “sicurezza” della prospettiva giusnaturalista, pur tentando di temperarne gli aspetti di tipo deterministico, per adottare una visione “volontaristica” ed aperta delle “possibilità” umane, è Mazzarella, il quale si discosta in maniera evidente da un’impostazione tradizionale di tipo ontologico-metafisico, ma non si distacca completamente dalla suggestione di un *quid* persistente. La natura umana non è più inscritta in un dover essere necessario e predisegnato, ma è concepita quale «struttura psico-biologica umana», «spazio biologico delle ... possibilità», «comune biologia dell’essere umano come *invariante dinamica* delle sue possibilità storiche di cultura»<sup>96</sup>. Si accentuano l’arbitrio dell’uomo e la sua facoltà di autopoiesi, ma si respinge l’idea di una «antimetafisica intesa come arbitrarietà

<sup>95</sup> Si sottolinea l’utilizzo dell’aggettivo “condivisibile”, perché in tal caso Berti postula come possibile (ma non necessaria, come sembra invece implicare il concetto di natura umana come *telos*), la razionalità pratica e la sua eventuale comprensione da parte di tutti gli uomini.

<sup>96</sup> E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita e santità delle decisioni*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto*, cit., p. 102 e p. 95. Sulla posizione di Mazzarella, vedi, da ultimo, oltre i passi citati *infra* dell’intervento di Dogliani, U. ALLEGRETTI, *Diritti fondamentali e globalizzazione. Dialogando con Pietro Barcellona (e altri)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 568-569.

autoreferenziale»<sup>97</sup> dell'essenza umana. L'uomo è un insieme – parrebbe – di possibilità, di facoltà, il che, se, da un lato, lascia aperto un ventaglio di sviluppi realizzabili, dall'altro, postula – come dato ontologico (?) – una natura umana<sup>98</sup>: si tratta di un'essenza umana ridotta ai minimi termini<sup>99</sup>, ma pur sempre di un'essenza umana presupposta, pur se aperta.

Mazzarella, comunque, è molto cauto nel derivare dal nucleo minimale dato delle linee guida, ciò che per l'uomo è intangibile, la sua dignità e i suoi diritti: «i diritti dell'uomo come dovuti alla sua dignità non sono altro che il diritto a sé quale si riconosce»<sup>100</sup>; in conclusione, sembra esservi un solo “dovere”, conservare la «struttura psico-biologica» che rende possibili le estrinsecazioni umane storiche, ovvero consegnare ai posteri la «stessa dotazione «organica» e «spirituale» con cui siamo venuti al mondo», ovvero «lo stesso orizzonte di possibilità per vivere e per morire»<sup>101</sup>.

Un giusnaturalismo – quello di Mazzarella – “posto dietro” e al di fuori di molte scelte del diritto positivo<sup>102</sup>, anche se non

<sup>97</sup> E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita*, cit., p. 104.

<sup>98</sup> Quello proposto, comunque, sembra un concetto di natura umana che, pur se iscritto in una prospettiva ontologica, tenta un avvicinamento alla “natura umana” delle scienze fisiche (biologiche).

<sup>99</sup> M. DOGLIANI (*I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, cit., p. 119) parla, a questo proposito, di giusnaturalismo che «si ritrae, per così dire, nelle premesse».

<sup>100</sup> E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita*, cit., p. 102.

<sup>101</sup> E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita*, cit., p. 104. Come osserva M. DOGLIANI (*I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, cit., p. 126 e p. 120), Mazzarella si richiama, nel sottolineare il rischio che l'uomo neghi se stesso, al principio di responsabilità (e di reciprocità), e, attraverso questo, a quello di tradizione e alla norma sociale, senza un legame immediato con l'ontologia.

<sup>102</sup> Considera Dogliani: «l'ipotesi di Mazzarella non è ... sideralmente lontana dalle posizioni che come giuristi siamo abituati a considerare: il suo giusnaturalismo ... non mi sembra negare l'autonomia delle scelte politico-culturali da cui il diritto deriva» (M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, cit., p. 119).

di tutte, se si considera come un precetto appartenente al dover essere, alla struttura dell'uomo, quello per cui egli non può negarsi (distruggersi), negare la sua natura, la sua essenza<sup>103</sup>. È un giusnaturalismo "debole"<sup>104</sup> e molto discreto, adatto ad un'epoca in cui dominano la tecnica e il "progresso", ad un mondo globale che mostra però infinite varietà e possibilità di realizzazione dell'uomo, ad una «definizione antropologica-diffettiva autopoietica della modernità»<sup>105</sup>: l'uomo è libero – si afferma –, si autocostruisce, ma non si vuole rinunciare a salvare – a mettere al riparo dall'uomo stesso – almeno questa possibilità di autocostruzione.

È un giusnaturalismo, quello moderno di Berti o di Mazzarella, che riduce il più possibile l'area del "credo", rinunciando a riprodurre con la precisione e il dettaglio di un frate certosino l'immagine di un cosmo ordinato in cui si inserisce la (una) natura umana, e tenta, inoltre, di rendere compatibile l'oggetto di "fede" rimasto con l'idea della libertà di autodeterminazione della persona umana.

La persistenza, comunque, se pur in una prospettiva che si auto-limita, del giusnaturalismo<sup>106</sup> conferma quanto detto in

<sup>103</sup> Si ricordi però che Mazzarella è molto cauto nell'affermare che noi «siamo tenuti ... a *trascendere restando*: come responsabili di noi, e in noi della specie ...; anche da questo lato della nostra avventura, legati alla bussola della nostra *natura*» (E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita*, cit., p. 104).

<sup>104</sup> Citando ancora Dogliani: la costruzione di Mazzarella non è «una costruzione giusnaturalistica «forte», che pretende di considerare le leggi naturali come un dato, di trascriverle nel mondo delle leggi positive, e di fondare la validità di queste ultime sulla loro previa esistenza» (M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, cit., p. 120).

<sup>105</sup> E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita*, cit., p. 89.

<sup>106</sup> Non mancano anche posizioni, ascrivibili al giusnaturalismo moderno, più "forti". Per restare sempre in Italia, vedi, fra gli altri, S. COTTA, *Il fondamento*, cit., per il quale occorre riferirsi «alla struttura ontologica dell'uomo (la sua natura)» e riscoprire il rapporto che essa ha con il fenomeno giuridico, anche e proprio perché «solo in tal caso è possibile sottrarre i diritti fondamentali alla contingenza della storia e della prassi di potenza» (pp. 653-654). La teo-

precedenza, ovvero mostra chiaramente la difficoltà di abbandonare la tentazione di fissare un *quid*, nel nostro caso in specie

ria di Cotta, in particolare, si basa su un concetto di diritto caratterizzato da implicazioni successive: «il diritto esige necessariamente la *simmetria*, ossia l'intercambiabilità dei soggetti», quest'ultima «implica la *parità ontologica* degli enti»; i due elementi «permettono di rilevare l'unione inscindibile di diritto e obbligo, la loro *reciprocità*»; «tutto ciò comporta l'*universalità* dei diritti fondamentali» e tale universalità «non è pensabile senza il riferimento a una *legge universale di giustizia*, che è espressione della coesistenzialità ontologica dell'uomo»; infine, si afferma come in tale prospettiva ontologica «i diritti umani rispecchiano sul piano giuridico la verità rivelata della fraternità degli uomini nella comune discendenza dal Padre» (p. 654). In questo caso l'adesione ad una prospettiva ontologica (religiosa?) appare, a differenza di quella di Berti, acritica e chiusa in se stessa, senza alcun tentativo di astrattezza di tipo persuasivo e consensuale e non solo fideistica.

Simile a quella di Cotta – e forse ancor più di quest'ultima ascrivibile fra le teorie metafisiche (religiose?) sul fondamento dei diritti – è anche la posizione di G. CONCETTI (*I criteri per determinare i diritti umani*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani*, cit., pp. 655 ss.), il quale concepisce il diritto in senso oggettivo, «in rapporto stretto con la *giustizia*» e «con la *verità*», che è «un valore in sé», esistente «al di fuori dell'uomo e dentro l'uomo perché partecipazione della verità assoluta», un qualcosa che l'uomo non possiede in assoluto, anche se «è in continua marcia verso la sua pienezza» (pp. 656-657). In questa prospettiva i diritti fondamentali devono essere (concezione prescrittiva) naturali (scolpiti nell'essere dell'uomo e conformi «alla sua dignità di essere razionale, creato da Dio a sua immagine»), universali, uguali, immutabili e oggettivi (il loro valore è intrinseco, non dipendono né dalla volontà della persona né da quella delle istituzioni) (pp. 657-658); la conoscenza di tali diritti è un fatto dinamico e «progredisce sotto l'impulso dello Spirito», che porta a penetrare sempre più il significato di ogni singolo diritto nonché ad un ampliamento dei diritti. Inoltre, questi, in particolare, sono determinati attraverso la convergenza di vari fattori: la ragione, che però sconta «le deviazioni dovute all'ideologizzazione [n.d.r.: anche quella cristiana può essere concepita come una ideologia e una ideologia particolarmente pervasiva perché a differenza di altre (quale quella marxista citata dall'Autore) non si limita a fornire una chiave di lettura della realtà e un programma per modificarla, ma la interpreta e la vuole conformare ipotizzando come un dato incontestabile e oggetto di sola fede l'esistenza di "altro" rispetto alla realtà stessa (Dio)] e ai condizionamenti culturali e politici» (p. 662) e non è in grado di svolgere da sola il compito, la coscienza sociale, la rivelazione [il



in relazione ai diritti, di andare “oltre” rispetto al fatto che essi eventualmente costituiscano un’intersezione comune, storica e/o spaziale, concreta; del resto, anche le Costituzioni del secolo scorso, supremo atto positivista e, nel contempo, positivizzazione di materie oggetto (anche) del diritto naturale, non resistono alle lusinghe dell’eternità.

Ma, prima di accennare al giusnaturalismo delle Costituzioni, è opportuno evidenziare un elemento ricorrente nel di-

cui apporto è «notevole, anzi determinante» (p. 664)], lo Stato [che se è «democratico, laico e pluralista... si accredita come il più idoneo a riconoscere e a promuovere i diritti umani fondamentali» (p. 666)], la chiesa.

Tali posizioni, vicine alla chiesa cattolica (G. CONCETTI, *I criteri*, cit., si riferisce, ad esempio, alla *Pacem in terris* di Giovanni XXIII), paiono discostarsi notevolmente da alcune teorie dell’Ottocento – per non parlare di epoche precedenti (vedi quanto osservato, ad esempio, *supra*, a proposito di Grozio o Vittoria) – nelle quali il diritto naturale è legato a Dio (la giustificazione dei diritti dell’uomo è, dunque, in ultima istanza di tipo religioso), ma con un distacco nei confronti dei singoli sistemi religiosi. Esplicita in tal senso è la posizione di T. PAINE, *The Rights of Man*, I-II (1791-1792), trad. it. *I diritti dell’uomo e altri scritti politici* (a cura di T. Magri), Editori Riuniti, Roma, 1978, iscritto fra i deisti, quale sostenitore di una «forma estrema di cristianesimo razionale» (Magri, p. 22), convinto partecipe delle rivoluzioni americana e francese, assertore di un egualitarismo radicale e, al tempo stesso, fortemente individualista, profondamente critico nei confronti della concezione storica dei diritti di Burke. Paine osserva come «tutte le storie della creazione e tutti i racconti tradizionali... concordano nello stabilire un punto, l’unità dell’uomo», ovvero «che gli uomini appartengono tutti ad uno stesso ordine, e, di conseguenza che tutti nascono uguali, e con uguali diritti naturali» (*ibidem*, p. 144). Ciò – secondo l’Autore – è confermato dalla narrazione mosaica della creazione, «che le si attribuisca una autorità divina o solamente storica» (*ibidem*, p. 144): l’uomo è «immagine di Dio» e ciò rappresenta una caratteristica comune, la base di ogni principio di uguaglianza. L’ordine naturale è strettamente connesso a Dio, al rapporto diretto fra uomo e Dio; l’uomo è creato da Dio ed ha una serie di diritti naturali che discendono semplicemente dalla sua esistenza, senza – per così dire – intermediari: per Paine, «non è l’ultimo dei mali dei governi esistenti in ogni parte d’Europa il fatto che l’uomo, considerato come uomo, sia tenuto lontano dal suo Creatore, e che questo abisso artificiale sia colmato da una successione di ostacoli...» (*ibidem*, p. 145).

ritto naturale (moderno), presente, ad esempio, nel pensiero di Berti o in quello di Maritain: una visione progressiva ed evolutiva della natura umana, in una prospettiva ottimistica nella quale punto d'arrivo è il compimento della «libertà di sviluppo», una «emancipazione politica e sociale»<sup>107</sup>. La legge non scritta – scrive Maritain – tende «a effondersi nella legge umana» e a «renderla progressivamente più perfetta e più giusta», la stessa conoscenza che ha l'uomo della legge naturale «aumenta a poco a poco con i progressi della coscienza morale»<sup>108</sup> e ciò – si può aggiungere – spiega anche l'evoluzione del catalogo dei diritti, che non è costante ed uguale come *prima facie* – verrebbe da pensare – la “natura umana” imporrebbe.

Venendo alle Costituzioni, sempre Maritain scriveva che il diritto positivo è «un prolungamento, un'estensione della legge naturale»<sup>109</sup>; oggi, le Costituzioni sono state definite «il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo», proprio «in quanto costituiscono il tentativo di «positivizzare» quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale» (la giustizia e i diritti umani)<sup>110</sup>. Le Costituzioni – è stato detto – sono «tavole positive di diritto naturale»<sup>111</sup>, anche se – altri specificano – non

<sup>107</sup> Cfr. J. MARITAIN, *I diritti*, cit., p. 87.

<sup>108</sup> J. MARITAIN, *I diritti*, cit., pp. 115 e 110.

<sup>109</sup> J. MARITAIN, *I diritti*, cit., p. 115; per Maritain, «è la legge naturale stessa a chiedere che ciò che essa lascia indeterminato sia ulteriormente determinato»; tale determinazione avviene – secondo l'Autore – in due modi differenti, a seconda che si tratti di diritto delle genti (la cui derivazione è «*necessaria*», anche se relazionata a «certe condizioni di fatto») o di diritto positivo (la cui derivazione è «*contingente*», in ragione delle determinazioni poste dalla ragione e dalla volontà dell'uomo che stabilisce le leggi o dà vita ai costumi di una particolare comunità» (*ibidem*, pp. 114-115).

<sup>110</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 155.

<sup>111</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 351, il quale considera come «con la formazione dei moderni stati costituzionali ... il diritto positivo ha incorporato gran parte dei contenuti o valori di giustizia elaborati dal giusnaturalismo razionalistico e illuministico» e parla di «processo di positivizzazione del diritto naturale», che ha

sono diritto naturale, non fondano i diritti «nella sfera di un ordine obiettivo, intangibile dalla volontà umana», non sono «il semplice rispecchiamento di un ordine naturale», ma rappresentano «una determinazione politica», «la massima tra tutte le determinazioni politiche»<sup>112</sup>. La Costituzione, dunque, non ha strutturalmente le caratteristiche obbiettive del diritto naturale, ma sancisce principi e norme da secoli appannaggio del diritto naturale e si presenta «come espressione di un equilibrio obbiettivo», per cui «il rapporto tra legge (compresa la legge costituzionale) e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale»<sup>113</sup>. A ciò si aggiunga che la Costituzione (perlomeno dalla seconda metà del Ventesimo secolo) è, anche formalmente, la «massima fra tutte le determinazioni politiche», è garantita da un procedimento di revisione costituzionale aggravato e da un controllo di costituzionalità delle leggi.

Si è di fronte ad un giuspositivismo che opera «*come* in un ambiente giusnaturalistico» o in realtà si opera «dentro un ingenuo e banale giusnaturalismo»?<sup>114</sup> Comunque si voglia rispondere è innegabile che il diritto costituzionale presenta al-

profondamente mutato il significato filosofico-politico dell'«antico conflitto tra diritto positivo e diritto naturale», fra diritto e morale, fra validità e giustizia. «Il divario tra essere e dover essere *del* diritto espresso dalla vecchia dicotomia legge positiva/legge naturale, si è ... in buona parte tramutato in un divario tra essere e dover essere *nel* diritto...» (pp. 349 a 351).

<sup>112</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 155.

<sup>113</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157; similmente L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit.: «ben possiamo affermare che oggi il giuspositivismo costituzionale svolge nei confronti del diritto vigente lo stesso ruolo critico e normativo svolto in passato dal giusnaturalismo» (p. 57).

<sup>114</sup> M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, cit., p. 125; comunque sia, pare condivisibile l'osservazione di chi (A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in *Dir. e soc.*, 1991, p. 506) rileva come il «più recente positivismo giuridico, che non è più libero dai valori ... perché, non solo accoglie i diritti dell'uomo, ma addirittura li considera inviolabili e costitutivi...», non sembra inconciliabile «con le varianti più aperte e meno intransigenti del pensiero giusnaturalista».

cune caratteristiche proprie del diritto naturale, configurandosi quasi come un diritto naturale sia nel suo concreto operare sia nell'intento di fissare determinati principi e diritti, rendendo "intoccabile" quella – non più legge naturale ma – volontà umana che in quel particolare momento li ha scritti (ovvero stabilendo dei limiti alla possibilità di revisione costituzionale)<sup>115</sup>.

Questo "giusnaturalismo" delle Costituzioni prescinde dalla eventuale presenza di un riferimento nel testo costituzionale al diritto naturale, in quanto – come detto – del giusnaturalismo riproduce la funzione e il *modus operandi*, senza necessariamente recepirne la particolare struttura, cioè senza adottarlo come metafisica o ideologia di riferimento; in tal senso si può dire che il diritto costituzionale si sostituisce al diritto naturale<sup>116</sup>.

Vi è però anche un altro aspetto di "giusnaturalismo costituzionale", che può manifestarsi qualora, dal testo costituzionale o dalle intenzioni dei costituenti, emerga la volontà di riferirsi a un *quid* preesistente, necessario e presupposto, che viene scritto (tradotto) ma non creato<sup>117</sup>, identificato, per l'appunto,

<sup>115</sup> Non manca peraltro chi – come A. PACE, *Problematica delle libertà, Parte generale*, cit., – ritiene che «anziché insistere sull'esistenza di una clausola generale in virtù della quale i diritti ritenuti o qualificati come «inviolabili» dovrebbero dirsi giuridicamente sottratti alla revisione costituzionale, sembra, allora, più opportuno ribadire che i diritti inviolabili, che siano costituzionalmente riconosciuti, si sottraggono alla revisione non in conseguenza di una implicita clausola di irrevocabilità dei diritti «inviolabili», ma se e in quanto i cittadini li esercitano continuamente e consapevolmente» (p. 11).

<sup>116</sup> Analogo discorso può essere fatto in relazione ad altre fonti del diritto e, in specie, in riferimento alla consuetudine internazionale, la quale ben si presta a presentarsi come fonte (fondamento) suprema e immodificabile, cui il tempo e il carattere di *ius gentium* conferiscono intoccabilità.

<sup>117</sup> O, se si vuole, viene anche ri-creato nelle forme del diritto volontaristico (politico), con la convinzione però che, se pur sotto altre spoglie, esso esiste già, per cui in un certo qual modo la creazione è un atto vincolato e di ciò si dà conto anche letteralmente.

nel diritto naturale<sup>118</sup>. Non si equivochi: anche laddove non vi è un rinvio al diritto naturale, i diritti vengono (spesso) consi-

<sup>118</sup> Si può ricordare in proposito il dibattito svoltosi in Italia in sede di Assemblea costituente, nel quale emerse, da un lato, un sostanziale accordo sulla volontà di configurare i diritti come anteriori rispetto allo Stato, e, dall'altro, una spaccatura sul rinvio specifico al diritto naturale. Lo stesso tenore lessicale dell'art. 2 della Costituzione: «la Repubblica «*riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...» (simile a quello di un'altra costituzione europea dello stesso periodo, l'art. 1, 2<sup>a</sup> comma, della Legge fondamentale tedesca: «il popolo tedesco *riconosce* gli inviolabili ed inalienabili diritti dell'uomo...») è stato oggetto di interpretazioni differenti, leggendovi ora semplicemente la prestatualità dei diritti ora una ricezione del diritto naturale.

Per una efficace ricostruzione delle posizioni dei costituenti, vedi A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., pp. 8 ss., il quale, dall'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, rileva come i Costituenti «hanno sicuramente fatto proprio il principio dell'antiorità dei diritti inviolabili rispetto allo Stato», «non hanno accolto nella loro maggioranza un approccio giusnaturalistico, anche se ... non si può imputare loro neppure l'idea opposta», «hanno sicuramente rifiutato un approccio individualistico, accogliendo un concetto di persona quale «fonte insieme di libertà spirituale e di pluralismo sociale», e, infine, «hanno chiaramente posto un collegamento diretto fra la libertà umana ... e la democrazia» (p. 10). Sul punto cfr., inoltre, fra gli altri, A. BARBERA, *Art. 2*, cit., pp. 50 ss.; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, spec. pp. 17 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà, Parte generale*, cit., pp. 1 ss.: «la norma in esame [n.d.r.: l'art. 2 Cost.] non pretende (anche se la tesi fu da alcuni Costituenti vivacemente sostenuta) di affermare la giuridica antiorità dei diritti dell'uomo nei confronti dello stesso ordinamento giuridico... Vero è, però, che la formula prescelta dal Costituente, riconoscendo la centralità dei diritti dell'uomo nella concreta esperienza dell'ordinamento, destituisce di ogni base giuridica la tesi «statocentrica» che individua il fondamento dei diritti individuali in un'autolimitazione dello Stato» (p. 3); M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I diritti umani nella Costituzione italiana*, in D. Castellano (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, ESI, Napoli, 1996, pp. 91 ss., il quale non ritiene che «i costituenti abbiano usato il verbo «riconoscere» in un senso preciso» e che l'art. 2 della Costituzione (italiana) richiami il diritto naturale (p. 100), negando inoltre, in generale, «l'idea che i diritti inviolabili appartengano a un nucleo di valori supercostituzionali...» (*ibidem*, p. 108); nonché, più recentemente, A. SPADARO, *Il problema del «fondamento»*, cit., pp. 453 ss.

derati alla stregua di norme pre e sovra-costituzionali, quasi che di per sé debbano essere sottratti alla revisione costituzionale<sup>119</sup>, nelle Costituzioni da ultimo citate, però, da un lato, si afferma espressamente che i diritti preesistono<sup>120</sup>, e, dall'altro, la preesistenza è nelle intenzioni dei costituenti ancorata ad un particolare schema di fissazione e giustificazione, che è per l'appunto quello del diritto naturale. Mortati, nel 1946, in una relazione per la Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, scrive: «in quanto si intenda determinare con la dichiarazione dei diritti o di alcuni di essi l'elemento di stabilità della Costituzione, e quindi sottrarre una parte di questa al mutamento anche nella via della revisione, può riuscire opportuno il riferimento ai diritti naturali o innati»<sup>121</sup>. In questi casi «il massimo atto d'orgoglio» del positivismo non si ac-

<sup>119</sup> E nascono le teorie dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, che al di là del legame logico che postulano fra limiti espliciti ed impliciti, sorgono proprio per l'esigenza di salvaguardare principi che si fa fatica ad accettare come scritti *solo* in Costituzione e che, allora, non volendo troppo apertamente sconfinare nel giusnaturalismo e qualificare alla stregua di un qualcosa di immanente rispetto all'uomo in sé, si considerano coessenziali rispetto alla forma di Stato, si ripongono fra quei principi che nessuno (che sia il legislatore costituzionale o anche quello europeo) può intaccare.

<sup>120</sup> La preesistenza dei diritti non si inferisce solo dalla loro sottrazione alla revisione costituzionale, dalla loro natura di principi costituzionali o dal loro modo di agire nei confronti delle altre forme di diritto positivo, ma è «detta» dalla stessa Costituzione (utilizzando espressioni come «riconosce»).

<sup>121</sup> C. MORTATI, relazione *Sulla dichiarazione dei diritti – Considerazioni generali*, allegata al verbale n. 14 della seduta del 21 febbraio 1946 dei lavori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946), in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, il Mulino, Bologna, 1979, p. 250. Mortati, nel prosieguo, riassume la funzione del richiamo al diritto naturale, il quale: 1) si pone come fondamento e costituisce «il criterio atto a determinare il nucleo non sopprimibile...»; 2) consente «l'affermazione di diritti non espressamente formulati dalla Costituzione»; 3) reciprocamente «potrebbe offrire il mezzo per autorizzare interventi limitativi dell'autorità, anche non espressamente autorizzati dalla legge»; 4) offre «il criterio di interpretazione nel caso di dubbi» (pp. 251-252).

contenta di trattare materie proprie del diritto naturale, di operare come diritto naturale, ma, cercando la “sicurezza”, sceglie proprio quella del diritto naturale.

La persistenza, in generale, del giusnaturalismo – come matrice, implicitamente o esplicitamente richiamata, come modo di operare (sia nel senso di strumento di stabilizzazione sia nel senso di tipologia di rapporti con il “resto” del diritto vigente) – anche in atti positivi come le Costituzioni, è spiegabile con il riferimento a quella che Bobbio chiama la «funzione storica costante del giusnaturalismo»: «affermare i limiti del potere dello stato», rispondere all’«eterna esigenza... che la vita, alcuni beni e alcune libertà dell’individuo siano protette giuridicamente contro la forza organizzata di coloro che detengono il potere», sottrarre la natura umana «alla mutevolezza della storia, fondarla oggettivamente, attribuirle un valore universale...»<sup>122</sup>, riferendosi a leggi universali, valide per tutti (e per sempre)<sup>123</sup>.

Ove peraltro il giusnaturalismo persista solo come funzione<sup>124</sup>, ove cioè scompaia ma rimangano le esigenze ad esso sot-

<sup>122</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Locke*, cit., pp. 67-79; Bobbio si dimostra scettico sulla rinascita del diritto naturale, concludendo che «ciò che rinasce continuamente è il bisogno di libertà contro l’oppressione, di uguaglianza contro la disuguaglianza, di pace contro la guerra», per cui più che di una rinascita del giusnaturalismo «si dovrebbe parlare dell’eterno ritorno di quei valori che rendono la vita umana degna di essere vissuta, e che i filosofi rivelano, proclamano e alla fine cercano di giustificare, secondo i tempi e le condizioni storiche, con argomenti tratti dalla concezione generale del mondo prevalente nella cultura di un’epoca» (pp. 78-79) [un’affermazione quest’ultima cui non si può non aderire].

<sup>123</sup> Tali leggi universali ed “eterni” sono “naturali” e conoscibili attraverso la ragione: ciò può essere letto, da un lato, come possibilità per ciascun uomo di riconoscere e rivendicare i propri diritti (come detto, proprio anche contro lo Stato), dall’altro, si presenta nei confronti dell’individuo come una imposizione che possiede i dogmi del “dovere essere”.

<sup>124</sup> Si ricorda in proposito il pensiero di A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., secondo il quale la «vitalità del diritto naturale» risiede proprio nella sua funzione, nei problemi che racchiude piuttosto che nella sua essenza (spec. p. 19).

tese<sup>125</sup>, si è già al di fuori dell'ambito del diritto naturale<sup>126</sup>. In questo senso sembra più corretto parlare non tanto di giusnaturalismo delle Costituzioni, quanto di desiderio – anche da parte dei costituenti – di trovare un fondamento dei diritti sottratto alla mutevolezza e storicità del diritto positivo, fondamento che però in questo caso non è la legge naturale, ma il diritto costituzionale, e, in particolare, l'individuazione di un nucleo di norme e principi sottratti alla revisione costituzionale<sup>127</sup>. Si può allora concludere che in tal caso si è di fronte ad un nuovo tentativo di dare una base solida e stabile ai diritti:

<sup>125</sup> Vedi N. BOBBIO, *L'eredità*, cit.: « si può benissimo sostenere che non esiste altro diritto che il diritto positivo senza respingere l'esigenza da cui nacquero le dottrine del diritto naturale, che espressero in vario modo richieste di correzione, d'integrazione e di cambiamento del diritto positivo» (p. 138).

<sup>126</sup> Differente sembra essere l'impostazione di chi – come G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., pp. 22-25 – considerando il diritto naturale «elemento primario e anteriore a ogni positività», diritto legato alle «esigenze intrinseche della storia» (in contrapposizione alle configurazioni estrinseche), ammette che il diritto positivo in alcune epoche possa apparire «autorevole per se stesso», ma afferma che esso «sembra avere in se stesso la sua ragione» solo in quanto coincide con il diritto naturale («solo quando, per contingenza storica, il diritto che è postulato originalmente dalla coscienza si trovi a corrispondere colle istituzioni vigenti può venir meno la sua considerazione specifica»). Quando, invece, questa coincidenza viene a mancare, risorge il diritto naturale come dottrina distinta; scrive l'Autore: «quando... si manifesta un dissidio, che può divenire anche gravissimo, tra le istituzioni giuridiche positive e le esigenze intrinseche della vita che ne costituiscono il natural fondamento, il pensiero speculativo e la coscienza generale del tempo sono condotti a considerare queste esigenze per sé, nell'essere distinto che loro è proprio, e a dedurne, indipendentemente dagli istituti vigenti, l'ordine del diritto ad esse conforme» (*ibidem*). In questa prospettiva, in sostanza, il diritto naturale pare presentarsi come il diritto ideale, ciò di cui gli uomini hanno bisogno (e di cui sentono il bisogno), che, in alcuni casi, corrisponde con il diritto vigente (e si eclissa) ed in altri no (e riacquista significatività e visibilità).

<sup>127</sup> Si ripete che, in proposito, quanto osservato per le norme costituzionali è – con i dovuti aggiustamenti – valido anche per le norme internazionali consuetudinarie.



diritto naturale e principi costituzionali o sovra-costituzionali sono semplicemente due teorie di giustificazione e legittimazione dei diritti che condividono – al di là delle differenze di contenuto e di struttura – la volontà di “conservare” i diritti.

Ciò spinge a riprendere la rotta originaria e continuare la navigazione fra le varie teorie, con una maggior consapevolezza del fatto che la volontà di trovare per i diritti un ancoraggio stabile, resistente al trascorrere del tempo e alle oscillazioni della volontà umana, sembra essere una tentazione sempre in agguato anche per chi non vuol credere in una specifica costruzione metafisica. Tale consapevolezza non è peraltro il solo elemento messo in evidenza dal breve *excursus* sulle costituzioni; esso ha infatti anche mostrato chiaramente come occorre tener distinti due o – forse meglio – tre piani: l'essenza del fondamento, la sua funzione e, infine, il fondamento stesso. Per essenza del fondamento si intende il “che cosa è” il fondamento, ovvero il fatto che esso costituisce il criterio atto ad individuare sostanzialmente i diritti della persona umana o a connotare, ad esempio, il concetto di dignità umana. Tale nozione differisce da quella di “funzione”, perché il criterio (che si esprime nell'individuazione di un orizzonte di legittimazione) può essere individuato in base all'esigenza di rendere stabili i diritti o di rimetterli alla volontà della maggioranza, di sottolinearne la strumentalità rispetto alle esigenze socio-economiche o politiche o, invece, il valore di principio guida, di impedirne ogni contestazione facendone l'oggetto di una fede assoluta oppure di dimostrarne razionalmente l'esistenza, e così via. Il fondamento, in altre parole, non necessariamente si propone come assoluto, ma può anche essere storico o relativo e ciò dipende, in particolare, dal suo scopo o “funzione”. Quest'ultima, infine, dà luogo alla costruzione di un particolare criterio, con la precisazione che una stessa funzione può essere esplicitata attraverso fondamenti differenti: in ipotesi, se lo scopo è stabilizzare i diritti, esso può essere raggiunto ancorando i diritti al diritto naturale, ma anche considerandoli valori pre e sovra-costituenti,

coessenziali rispetto alla democrazia, radicati nella coscienza popolare, etc.

Seguendo correnti diverse rispetto a quelle cui si è già accennato, si può notare, ad esempio, come una funzione analoga a quella del diritto naturale, è esercitata dalle dottrine c.d. metafisiche di tipo religioso<sup>128</sup>. Anche in questo caso i diritti sono concepiti in senso assoluto, come un *quid* dato ed eterno, un dover essere necessario; la struttura del fondamento (del criterio) è però simile, ma non uguale. Scompare in tali teorie ogni pretesa di scientificità e di logicità, per un abbandono tendenzialmente totale ed assoluto al “credo”: i diritti della persona umana sono quelli che Dio o le varie divinità riconoscono in capo all’uomo e/o quelli rivelati dall’“essere/i superiore/i” all’uomo attraverso alcuni testi o alcune figure di intermediazione (figli di Dio, profeti, saggi, etc.). In questa prospettiva facilmente i diritti della persona umana sono più che altro il risvolto dei doveri che competono all’uomo che deve uniformarsi alla volontà del Dio o degli Dei, i quali sono il punto di inizio e di sintesi, la spiegazione di ogni cosa, sulla base di un atto di fede<sup>129</sup>.

### II.2.2. *I diritti come “fatto” storico, condiviso o creato dal diritto positivo*

Si propongono, invece, come teorie tendenzialmente “dimostrabili”, legate dunque ad un “vedo” più che ad un “credo”, quelle storiche o tradizionaliste, che, nel radicamento nel tempo, fondano i diritti della persona umana: essi sono quali (e quelli) elaborati dagli avi e confermati da una prassi costante. Il fondamento è in questo caso la continuità nel tempo, la persi-

<sup>128</sup> Con la precisazione che, comunque, anche il diritto naturale può venir definito come una metafisica.

<sup>129</sup> Sul punto si rinvia a quanto osservato *supra* (parte I, cap. I, par. I.1).

stenza a partire da tempi remoti; si tratta di teorie, per così dire, basate sull'esperienza, ovvero comprovabili empiricamente, attraverso il riscontro della presenza dei diritti nel corso dei secoli e "fin da tempi immemorabili". I diritti, in queste prospettive, hanno un'origine volontaristica (sono "creati" dagli uomini, se pur in età assai lontane), ma il decorrere del tempo li sublima, conferendo loro un'aurea di intoccabilità e inalienabilità: essi divengono una «inalienabile eredità» trasmessa dagli antenati e da trasmettere ai posteri<sup>130</sup>. Il decorso del tempo e la retrocessione ai "tempi degli antichi" dell'atto di umana creazione dei diritti fa sì che essi acquistino una sorta di fissità, di permanenza, che (quasi) li sottrae alla volontà umana (futura). Il tempo, in altre parole, tende a trasformare un fondamento in origine relativo, in assoluto; l'ottica è quella dell'"essere": i diritti sono ed esistono in quanto è data una loro perdurante esistenza, ma il tempo introduce un elemento, se non di dovere essere per il futuro, di probabilità e ragionevolezza di Essere. I diritti sono (e saranno?) quali sono stati creati e quali sono esistiti: indubbiamente è un "vedo", ma, in parte, è anche un "credo", in quanto confida nel valore stabilizzante, e idoneo a conferire invariabilità e (di nuovo) "sicurezza", del trascorrere del tempo, della storia.

Ritorna, se pur sotto altre spoglie, l'idea di fiducia nella storia, l'idea che il passaggio dei secoli migliora la condizione umana, che si è notata nelle concezioni naturalistiche che postulano una natura umana orientata verso il progresso, verso una progressività "positiva".

Del resto, anche uno scettico (su un fondamento assoluto e incontrovertibile dei diritti umani, ma non solo) come Bobbio parla di «storia umana... ambigua», ma anche di possibilità di individuare dei segni premonitori del «progresso morale dell'umanità», di tensione verso il bene, o, perlomeno, verso la li-

<sup>130</sup> Cfr., in argomento, Burke (sul quale si rinvia, per ogni ulteriore citazione e considerazione, a quanto si dirà *infra*, parte I, cap. III, par. III.1).

mitazione del male, come «caratteristica essenziale del mondo umano rispetto al mondo animale»<sup>131</sup>. Bobbio – con Kant, che ricorda – non ritiene che necessariamente si debba affermare che “il genere umano è in costante progresso verso il meglio”, ma che ciò sia possibile.

Quanto al valore della storia per i diritti, si può anche considerare, pur senza prospettare ancora alcuna conclusione, come è proprio la storia a mostrare come un qualcosa di simile ai diritti (precetti morali o religiosi) è sempre esistito: muta la forma (e la titolarità) – il che, come detto, non è indifferente e ci induce a parlare di diritti solo a far data da una certa epoca –, si succedono le teorie sul fondamento<sup>132</sup>, ma vi è forse un “quid” che rimane, l’esigenza di prescrivere o descrivere come l’uomo deve essere o è.

Vicine alle teorie sul fondamento storico, nel senso di tradizionale, dei diritti sono quelle che ne rinvergono la legittimazione nel consenso, per così dire, del corpo sociale, ovvero

<sup>131</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., spec. pp. 48-53.

<sup>132</sup> Interessante, in proposito, quanto osservato da Janet che, commentando le Dichiarazioni di fine Settecento, dimostra l'accordo della teoria del diritto naturale con la storia e la filosofia, ovvero – si potrebbe anche interpretare – configura una convivenza fra differenti teorie sul fondamento dei diritti (quali quella del diritto naturale o quella tradizionale inglese), considerando l'«estensione progressiva della ragione»: «le società si sviluppano, e l'umanità s'illumina e si arricchisce» e «gli uomini provano il bisogno di governare i loro atti colla ragione e non col costume ...», «non v'è ... ragione di opporre la storia alla metafisica: perché questo stesso è un risulamento storico» (citato da G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., p. 69).

Recentemente non è mancato chi ha sottolineato l'ulteriore *sviluppo* delle dottrine sul fondamento dei diritti umani; cfr., ad esempio, G. BOGNETTI, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 384-385: «in una prima fase – grosso modo, quella preottocentesca – le libertà che all'uomo quel sistema garantiva venivano generalmente pensate come attributi intrinseci dell'individuo», quindi, «gradualmente si fece strada la più corretta visione secondo cui quelle libertà rappresentavano una faticosa elaborazione e conquista della storia umana... e presupponevano... una maturazione di condizioni culturali, sociali ed economiche».

nella “coscienza condivisa” dei diritti, al di là del fatto, ad esempio, che tale coscienza sia stata tradotta, abbia dato luogo o sia stata influenzata, da proposizioni giuridiche che sanciscono diritti.

La creazione dei diritti, anche in tal caso, è frutto della volontà umana e, in questo senso, tali posizioni possono sia assorbire tesi positiviste sia prescindere: il fatto che i diritti siano sanciti dal diritto vigente può costituire una conferma della loro “coscienza condivisa”, ma, da un lato, essi possono esistere anche se non sono “scritti” in fonti del diritto, e, dall’altro, il fatto che siano proclamati dalla legge (in senso lato) non assicura la loro «irrivocabilità»<sup>133</sup>.

Queste teorie si possono distinguere – se si vuole – da quelle positiviste perché considerano il consenso come puro dato materiale, di fatto, al di là della considerazione che esso rivesta una particolare forma (giuridica), mentre il diritto positivo, qualora si fondi su procedure consensuali<sup>134</sup>, in un certo qual modo, dà per scontato il consenso solo che sia rispettata la procedura. Tendenzialmente, inoltre, il diritto positivo (specie ovviamente se costituzionale, in un’ottica di rigidità della Costituzione) conferisce di per sé una, se pur relativa, stabilità, legata al principio di vigenza e osservanza della legge sino a quando non sia adottato il procedimento di modifica predeterminato. La semplice condivisione di fatto di certi valori, invece, può rivelarsi sia un fondamento più forte e più stabile<sup>135</sup>, perché le-

<sup>133</sup> Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà, Parte generale*, cit., p. 11, il quale – come già ricordato – considera opportuno, per “mettere in sicurezza” i diritti (ovvero sottrarli alla revisione costituzionale), più che elaborare teorie sui limiti impliciti alla revisione costituzionale, considerare il dato dell’esercizio continuo e consapevole da parte dei cittadini.

<sup>134</sup> Il diritto positivo, infatti, – è evidente – può anche essere imposto.

<sup>135</sup> Vedi F. D’AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell’uomo*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, IV, Mucchi Editore, Modena, 1989, p. 1350, nota 20: «il «consenso del genere umano» quando ... è il frutto di eventi storici ben determinati, cui ha partecipato o che hanno obiettivamente coin-

gato alla sostanza, all'effettività, sia più debole, perché più facilmente soggetto a modificazioni.

Le teorie che assumono a valore fondante la "coscienza condivisa" sono poi apparentate – come detto – con quelle storiche per il rinvio ad un dato concreto, oggetto di una prova fattuale<sup>136</sup>, ma sono prive della stabilità che a queste ultime conferisce il fattore tempo: il consenso è verificato in un preciso momento storico. Pur essendo a volte labile la differenza fra le due prospettive (consenso storicamente persistente e consenso attuale o storico *tout court*)<sup>137</sup>, l'ottica della condivisione "presente" si fonda su una legittimazione di carattere non diacronico, ma sincronico o spaziale. In altre parole, più il consenso è espresso da un numero ampio di soggetti, più questi soggetti, ad esempio, sono differenti fra loro (per cultura, condizioni sociali, etc.), più, di conseguenza, il fondamento sarà "sicuro", solido<sup>138</sup>.

Le teorie fondate sul consenso sono costruzioni basate sull'osservazione della realtà, sul "vedo", richiedono di credere in una sola cosa: nel valore del consenso (o, forse meglio, spesso, del consenso della maggioranza)<sup>139</sup> come criterio di legittimazione (dei diritti).

volto tutta l'umanità... viene ad acquistare un fondamento... certamente storico, ma che sarebbe riduttivo ritenere fragile; è il concretissimo... fondamento dell'esperienza», la quale «può essere negata, può essere rimossa; ha però una sua dura obiettività...».

<sup>136</sup> Scrive N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., 20: «con l'argomento del consenso si sostituisce la prova dell'intersoggettività a quella ... dell'oggettività. Certo, si tratta di un fondamento storico e come tale non assoluto: ma è l'unico fondamento, quello storico del consenso, che può essere fattualmente provato».

<sup>137</sup> Il consenso "attuale" può risultare frutto di quello storico e, in particolare, un consenso protratto nel tempo può conferire forza e "costanza" al consenso "attuale".

<sup>138</sup> Così come, in una prospettiva diacronica, tanto più solido è il fondamento quanto più continua e "immemorabile" la prassi dei diritti.

<sup>139</sup> Senza dimenticare le questioni legate alla tutela delle minoranze o ai metodi di formazione del consenso, che appaiono, senza dubbio, tutt'altro che

Seguendo quest'impostazione, le teorie procedurali e discorsive alla Habermas possono essere considerate come un mezzo per arrivare ad un consenso effettivamente condiviso e consapevole e, dunque, più stabile.

Sotto altro profilo, peraltro, proposte come quella habermasiana possono essere considerate in sé dei criteri di legittimazione e fondamento dei diritti; criteri nei quali l'elemento centrale è, per l'appunto, la regola procedurale, il discorso, dal quale poi scaturisce il consenso, quale conseguenza. Il fondamento, in tal caso, è proprio il *modus procedendi* ed è un tipo di fondamento che si propone di essere astratto e formale in quanto non si predetermina il contenuto (nemmeno a partire da principi generali, quale poteva essere quello di autoconservazione). Se non si è in un'ottica deterministica sotto il profilo sostanziale (è la volontà umana che stabilisce, in tal caso, i diritti), però, è anche innegabile che la presupposizione di regole procedurali – quali valori dati – conduce inevitabilmente ad assumere “qualcosa” come un “credo”. Le regole procedurali appaiono un “credo” debole e aperto, e i diritti sono costruiti dagli uomini in maniera discorsiva, attraverso la comunicazione; le regole nascono, cioè, attraverso «discorsi razionali» nei quali i partecipanti si propongono di «giungere a opinioni comuni cercando – tramite argomenti – di convincersi reciprocamente»<sup>140</sup>: ma perché e in che senso i discorsi sono raziona-

irrilevanti per definire la sua “qualità”. In specifico, con riferimento ai diritti, ad esempio, non è indifferente che il consenso su un valore come l'uguaglianza si costruisca a partire dalle radici storico-culturali di una popolazione, piuttosto che come adesione ad una cultura che si presenta dotata dei crismi del successo (e della superiorità).

<sup>140</sup> J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, cit., p. 219; ovvero, citando da J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, «i cittadini esaminano quali diritti dovrebbero vicendevolmente riconoscersi» alla luce del «principio di discorso» (p. 541): «sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali» (p. 131).

li?<sup>141</sup> Che cosa è razionale? Esistono una “ragione”, o dei modi di comunicazione, comuni? La comunicazione non è forse un *a priori* oggetto di fede?

Ogni forma, anche la più “vuota” e neutra, difficilmente riesce a presentarsi come oggetto di un riscontro avalutativo e fattuale, senza implicare il riferimento ad un *quid* esterno rispetto ad una struttura formale (quale potrebbe essere il principio di effettività kelseniano o la Ragione)<sup>142</sup>, o ad una autoreferenzialità che però chiede pur sempre di “essere creduta”, anche se cerca di presentarsi come logica e razionale<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> In prima approssimazione si può ricordare come Habermas chiami «discorso razionale» «qualsiasi tentativo d'intesa circa problematiche pretese di validità, purché avvenga in base a condizioni comunicative tali che consentano – dentro uno spazio pubblico costituito da obbligazioni illocutive – di mettere liberamente sotto processo temi e contributi, informazioni e ragioni» (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 132): il «purché» non introduce forse degli elementi presupposti?

<sup>142</sup> Il discorso è razionale, ovvero corrisponde ai dettami di una Ragione; osserva P. BARCELONA, *Le passioni negate*, cit., p. 130, che la teoria della legittimazione procedurale di Habermas, la quale «si fonda sulla convinzione che sia possibile raggiungere il consenso attraverso il rispetto di procedure (modalità) di confronto», «presuppone già come valori indiscutibili le regole procedurali che sarebbero idonee a portare consensualmente alla verità». L'Autore, inoltre, aggiunge che la teoria habermasiana «si basa sulla convinzione che sia possibile raggiungere la verità (il consenso su di essa) perché si dà per «scontata» una struttura della ragione umana ..., mentre quest'idea del Soggetto razionale è il punto debole dell'intera teoria» (*ibidem*). Sul punto vedi anche il commento di L. CEPPEA, *I contenuti etici della democrazia habermasiana*, in *Teoria politica*, 2001/1, p. 52, il quale sottolinea le differenze del concetto di democrazia habermasiano rispetto alla «storicizzazione contestualistica della giustizia operata dai comunitaristi à la Charles Taylor (o dai realisti à la Carl Schmitt)», ma anche rispetto al «consenso per intersezione del secondo Rawls», in quanto «quest'ultimo prevede sì, come Habermas, la condivisione di una sola idea di giustizia, ma intende però questa condivisione nei termini di una politica accettabile dai cittadini per motivi rispettivamente *diversi*, non derivanti dall'uso pubblico, secolarizzante e dibattimentale della ragione».

<sup>143</sup> Sottolinea l'«impossibilità dell'*autoriferimento totale*: cioè della pretesa di prendere le mosse da un «quid» (l'*a priori*, la Ragione universale ecc.) che è in-



Considerazioni in parte simili possono essere avanzate, per alcuni aspetti, anche in riferimento al positivismo. Nell'ambito di una concezione positivistica, in estrema sintesi, i diritti esistono in quanto, e come, sanciti da disposizioni o norme vigenti, indipendentemente dalla loro aderenza ad un qualsivoglia criterio di valore<sup>144</sup>. I diritti non hanno un contenuto prestabilito, non rappresentano la logica ed inevitabile conseguenza di una scelta, è predeterminato solo il loro "contenitore", la loro forma: esistenza e contenuto dei diritti dipendono dalla possibilità di incontrarli in una delle fonti che compongono un particolare sistema di diritto positivo, ovvero, in quanto sono sanciti in una norma «valida», che è tale semplicemente perché è stata prodotta in una data maniera o posta da una data persona<sup>145</sup>.

Si tratta, senza dubbio, di un fondamento relativo e storico, nonché artificiale, che concepisce i diritti come un "vedo", un elemento di fatto, un dato concreto, una nozione esistente solo contestualmente o posteriormente rispetto alla realtà giuridica, all'essere (senza "e" maiuscola) del diritto. I diritti del positivista, non c'è dubbio, non sono l'oggetto di un dover essere<sup>146</sup>,

terno/immanente al soggetto (della conoscenza) e, tuttavia, pretende di attingere contestualmente un'oggettività e una trasparenza totale, alla cui stregua è possibile *dettare leggi all'azione*», P. BARCELLONA, *Le passioni negate*, cit., p. 130.

<sup>144</sup> Cfr., per una prima distinzione all'interno del positivismo, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., pp. 37-39, che distingue ciò che lui chiama il «riduzionismo positivistico» in «pratico o teorico», individuando il primo nel positivismo che dà «per scontate le basi teoriche», disinteressandosene, oppure avanzando «argomenti teorici per non occuparsi del fondamento dei diritti», ed il secondo in quelle tesi positivistiche che sostengono «che i diritti esistono solo in quanto creati dal diritto positivo».

<sup>145</sup> Così H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Etaslibri, Milano 1994, p. 401.

<sup>146</sup> L'espressione "dovere essere" peraltro richiede una precisazione: in questo caso è utilizzata come sinonimo di una prospettiva di valore, in contrapposizione a una pura esistenza, neutra, del diritto, per sottolineare – e citiamo il

l'espressione di un *quid* necessario, la conseguenza logica di una costruzione metafisica o fisica, la traduzione concreta della Giustizia; ma la questione forse non è così semplice e "scientifica", come appare. Che accade se si prova a domandarsi qual'è l'essenza del (o meglio dei) diritto(i) positivo(i), fonte di produzione e di ricognizione dei diritti? Quali caratteristiche consentono di considerare un precetto norma positiva?

La prospettiva rischia di non essere più – come nell'ipotesi di teorie formali e procedurali – solo fattuale, occorrerà trovare dei criteri in base ai quali definire quando una proposizione integra una disposizione o una norma di diritto positivo. Per la maggior parte, i parametri per identificare il diritto positivo sono dati dal diritto positivo stesso, secondo una concezione di tipo gerarchico<sup>147</sup> e, dunque, in un orizzonte, da un punto di vista sistematico, autoreferenziale (ovvero interno al diritto positivo). Ma il *regressus* non è *ad infinitum*: è inevitabile, ad un certo punto incontrare una norma la cui legittimazione non risiede in nessuna altra norma. Esemplicando: il diritto di rifu-

positivista "per eccellenza", H. Kelsen (*La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, cit.) – che «il contenuto delle norme di diritto positivo manca della interiore «necessità» che è propria di quelle di diritto naturale» (p. 398). Occorre, tuttavia, ricordare che, proprio nella costruzione kelseniana, il "dover essere" è legato al diritto positivo, in contrapposizione al mondo "fisico", della realtà, dell'"essere", in quanto la norma «si pone di fronte alla realtà dell'effettiva condotta umana, che [essa] giudica conforme o contraria al diritto» (*ibidem*, p. 400). Il diritto, dunque, e questo – sottolinea Kelsen – è «il problema della positività del diritto», «appare come un «dover essere» ed un «essere» al tempo stesso, mentre logicamente queste due categorie si escludono a vicenda», con la precisazione che, comunque, il «dover essere» del diritto positivo «può avere soltanto un significato relativo», formale (*ibidem*, p. 400).

<sup>147</sup> Al diritto positivo stesso si possono, ad esempio, ricondurre la maggioranza delle regole procedurali che disciplinano la formazione delle varie fonti di diritto positivo o la determinazione dei criteri per regolamentare i contrasti che possono sorgere fra le varie norme che compongono il sistema; la ricerca del fondamento di una norma, altrimenti detto, riporta ad un'altra norma (e non ad un fatto) [cfr. H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., ad esempio, p. 112].

gio esiste in quanto sancito da una norma legislativa di diritto positivo, la quale è tale perché la sua posizione e la sua creazione sono stabilite dalla Costituzione; ma, a quale titolo la Costituzione rappresenta il fondamento di un sistema di diritto positivo? La Costituzione – si potrebbe dire – ha la sua legittimazione nell'essere un atto di esercizio del potere costituente, ma che cosa è il potere costituente? Non si tratta in tal caso di un fatto, di un atto-fatto, di una contaminazione fra mondo del diritto positivo e mondo della realtà?<sup>148</sup>

Il diritto positivo rischia, in ultima istanza, di essere fondato su un *quid* indipendente da esso, ma dal quale, invece, esso dipende<sup>149</sup>, alla stregua di un uomo che per camminare necessariamente deve poggiare i piedi su un terreno che è altro da lui. Si può, per restare nella metafora, non pretendere di poggiare i piedi su un suolo particolare, si può non interessarsene e, semplicemente, ritenere sufficiente per poter camminare ipotizzare la presenza di *un* suolo, ovvero – per citare Kelsen – presupporre una norma fondamentale, ma appare inevitabile la presupposizione di un *quid* estraneo al sistema di diritto positivo, anche se solo a livello di ipotesi logica in un'ottica formale. Pare cioè difficile, se si intende risalire sino a trovare la legittimazione ultima di un sistema di diritto positivo, non uscire dall'orizzonte del diritto così come appare, da un ottica di puro

<sup>148</sup> Scrive H. Kelsen: «l'evento che interpretiamo come la produzione di una legge formale è conforme ad una norma ... superiore, la costituzione», il significato normativo della costituzione «può essere trovato soltanto facendo ricorso alla costituzione precedente, in conformità alle cui regole essa è stata creata»; ciò fino a risalire alla costituzione originaria, «la quale non può più esser derivata da un'altra ancora precedente». Il giurista positivista a questo punto non può che assumere che «questo fatto storico originario ha il significato di "costituzione"» (*La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, cit., p. 402).

<sup>149</sup> Soltanto presupponendo che il fatto storico originario assume un significato normativo, si «può dimostrare il significato normativo di tutti gli altri atti ...», «la norma fondamentale è un assunto indispensabile» (H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, cit., p. 402).

essere (se pur nel senso di “essere” di una norma, che, in certo qual modo – come visto – è anche “dover essere”), di semplice osservazione (“vedo”), senza introdurre la considerazione di un qualche valore e/o presupposto, anche se dall’apparenza neutra, come la norma fondamentale, formale e ipotetica, il principio di effettività o il consenso.

In altre parole, le tesi positiviste possono fare a meno di ogni “credo”, di qualsivoglia assunzione di un *presupposto*, solo a patto di rinunciare a cercare l’atto di nascita della fonte del diritto posta al vertice del sistema, solo se si limitano ad affermare: i diritti sono quali sanciti dall’ordinamento positivo, assumendo quest’ultimo come un dato, un oggetto che in quel momento si vede.

A ciò è da aggiungere che in alcuni casi il diritto positivo pretende di presentarsi come un assoluto, contenente prescrizioni non modificabili e che, quindi, vanno oltre rispetto ad una definizione ed individuazione fondata sulla semplice osservazione dell’esistente, in quanto, per l’appunto, presuppongono che quel particolare esistente, in quello specifico contenitore, non possa essere modificato da nessuno strumento di diritto positivo. Il riferimento è, in specie, alle teorie che “assicurano” i diritti riconducendoli ad una costituzione, nella quale esistono dei limiti alla revisione costituzionale, o ad un diritto internazionale concepito quale *jus cogens*<sup>150</sup>.

<sup>150</sup> Profili di indubbio interesse presenta la teoria di chi (G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2002, spec., sinteticamente, p. 9) sostiene che «“diritti «fondanti” e “non fondati” siano diritto positivo, piuttosto che “semplicemente”, fuori di esso, diritto naturale»; in questa prospettiva i diritti sono considerati «determinanti per *attribuire* validità *giuridica* alla statuizione di norme, piuttosto che «semplicemente» per fondarne la legittimazione (esterna) etica, politica, sociale», nonché dotati di una «qualità costitutiva dell’ordine *giuridico*», l’autorità, venendo a costituire «un certo modo di concepire l’azione pubblica»; «i diritti fondamentali godono di «autorità» grazie alla *funzione* che svolgono in un ordinamento, in un sistema giuridico: tale funzione è poi

Volendo tentare una sintesi, i diritti, in una prospettiva giuspositivista, paiono essere degli elementi di fatto, assiologicamente neutri, ma il loro contenitore (il diritto positivo), se non è assunto come un semplice dato, non necessariamente prescinde da un presupposto, non “visto”, ma “creduto”; inoltre, spesso, nemmeno i positivisti resistono alla tentazione di fissare i diritti, anche se magari non si appoggiano ad un contenuto, a dei valori, ma avvalendosi della forma, costruiscono dei bunker.

### II.2.3. *Le tesi razionaliste, ovvero una “fede” debole e logica*

Un cenno, per concludere questa veloce panoramica su alcune delle correnti che si incontrano navigando nel mare sterminato dei fondamenti dei diritti della persona umana, pare interessante compiere a quelle teorie, definibili come “razionaliste”, che trattano di una concezione sostanziale dei diritti.

In tali ipotesi i diritti non dipendono «da nessuna dottrina morale generale né da una qualche concezione filosofica della natura umana»<sup>151</sup>, ma rappresentano la razionale e logica implicazione deducibile (o, meglio, a volte, “inducibile”) da un

ciò che consente loro di assumere la posizione di diritti “fondamentali”, anche se, accanto alla funzione e all’autorità, occorre considerare il «significato etico» dei diritti fondamentali (sulle proprietà funzionali dei diritti per il sistema, per lo Stato, cfr., con diverso approccio, anche N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1999, trad. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002). Si tratta forse di una terza via fra l’appartenenza dei diritti a un *quid* universale etico (o metafisico) e la loro riconduzione ad una semplice statuizione contingente del diritto positivo? Si muove, forse, in un orizzonte strutturale teso a concepire i diritti in modo simile a quello delle tesi qui di seguito identificate come “razionaliste”?

<sup>151</sup> Cfr. J. RAWLS, *La legge dei popoli*, in S. Shute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Garzanti, Milano, 1994, p. 82.

valore di partenza – sostanziale o anche procedurale<sup>152</sup> – e, in questa prospettiva, ciò che appare fondamentale è proprio la loro sostanza, che viene ad integrare – attraverso una procedura logico-razionale e fondata sul consenso – il “contenuto” del valore stesso. In altre parole: i diritti della persona umana sono quei “precetti” che gli uomini – l’orizzonte è dunque di tipo artificiale e volontarista<sup>153</sup> – individuano come intimamente connessi ad un certo scopo o principio o *modus procedendi* (quello che prima si è identificato come il valore di partenza)<sup>154</sup>.

Per Rawls, allora, «i diritti umani fondamentali sono espressione di uno standard minimo di istituzioni politiche bene ordinate per tutti i popoli che appartengono, in qualità di membri a buon diritto, a una *giusta società politica dei popoli*»<sup>155</sup>; per Dahl, «i diritti sono indispensabili alle istituzioni politiche democratiche, ... essi sono tra i fondamentali materiali costitutivi di una forma di governo democratica»<sup>156</sup>, per Wal-

<sup>152</sup> Si pensi rispettivamente – come risulterà dagli esempi riportati *infra* – al concetto di democrazia pluralistica o al velo dell’ignoranza.

<sup>153</sup> L’orizzonte è volontarista, anche se, come si vedrà, le teorie in questione sembrano in realtà ipotizzare una natura umana dotata di determinate caratteristiche, che, a volte, giungono sino a supporre la presenza di un modo comune di ragionare (quasi a dire: l’uomo ragiona liberamente, ma per sua natura lo fa seguendo certi schemi).

<sup>154</sup> Si tratta di teorie che ricomprendono quelle, elaborate in specifico in relazione alla democrazia, descritte (A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 6) come appartenenti ad una concezione (per la quale i diritti inviolabili sono «condizioni di possibilità» della democrazia), che, «al pari del giusnaturalismo trascendente... o di quello trascendentale...», si fonda su una *duty-based theory*..., ma, a differenza di quelli..., individua il valore primario e «assoluto», non già in un dovere essere» meta-positivo, ma in un concetto positivo, quello della libertà positiva o della democrazia (pluralistica); l’Autore aggiunge – a questo punto – «come definito... da una determinata Costituzione», ma si può anche considerare una nozione, per così dire, astratta di “democrazia pluralistica”, il che allontana le teorie in questione da un orizzonte positivistico.

<sup>155</sup> J. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 82 (corsivo mio).

<sup>156</sup> R. A. DAHL, *Sulla democrazia*, cit., pp. 52-53.

zer *potranno*<sup>157</sup> essere la risposta alla volontà di liberarsi dall'oppressione, ovvero dall'«esperienza dell'umiliazione o degradazione»<sup>158</sup>.

Si possono rinvenire in queste teorie alcuni elementi comuni, quali l'assunzione di una prospettiva volutarista e costruttivista nell'individuazione dei diritti, l'utilizzo di un metodo di tipo razionale, l'attenzione alla sostanza dei diritti, la centralità dell'idea di incontro, accordo, consenso, l'individuazione di una soluzione tendenzialmente non assoluta, perlomeno nello spazio e nel tempo.

Rawls, ad esempio, costruisce la sua teoria della giustizia, proponendosi di «presentare una concezione della giustizia che generalizza e porta a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale»<sup>159</sup>, con la quale, dunque, è mantenuta «una stretta correlazione»<sup>160</sup>: i principi di giustizia «sono oggetto dell'accordo originario» e «sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza»<sup>161</sup>. Essi «sono costruiti in accordo a una ragionevole procedura, tale per cui le parti razionali adottano principi di giustizia per ogni singola questione»; il sistema che ne risulta non è pri-

<sup>157</sup> Si usa il condizionale per sottolineare la «debolezza» dell'universalismo walzeriano e il suo temperamento con il particolarismo (per un approfondimento, cfr. quanto osservato *infra*, spec. parte II, cap. II).

<sup>158</sup> M. WALZER, *Due specie di universalismo*, in *MicroMega*, 1991/1, pp. 142-143; dall'esperienza citata, in particolare, Walzer inferisce il «più forte candidato contemporaneo al rango di legge universale: il principio che gli esseri umani hanno diritto a eguale rispetto e interesse» e quindi sottolinea come «l'idea del rispetto viene a differenziarsi e i suoi nomi si moltiplicano: onore, dignità, merito, ...», il che «forse è sempre la stessa cosa, in base a una definizione bastantemente astratta; ma in pratica nella vita concreta di ogni giorno, sono cose molto diverse».

<sup>159</sup> J. RAWLS, *A theory of justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 27.

<sup>160</sup> Così J. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., p. 54.

<sup>161</sup> J. RAWLS, *Una teoria*, cit., p. 27.

vo di unitarietà – come a prima vista si potrebbe pensare – perché si suppone che «le parti situate nella posizione originaria» procederanno coordinando ed adattando i vari principi<sup>162</sup>. Si ammette la possibilità che in tale opera di costruzione siano compiuti errori, ma si confida nella capacità di «agenti razionali equamente situati», guidati «da ragioni appropriate riconducibili al velo dell'ignoranza» di scegliere, in accordo fra loro, i principi di giustizia inerenti all'oggetto in discussione (nell'ipotesi sopra riportata i principi relativi ad una legge comune ai popoli)<sup>163</sup>.

La prospettiva è costruttivista e, in tal senso, si propone una concezione relativa e non assoluta, in cui centrale è l'elemento dell'accordo<sup>164</sup> – del “consenso per intersezione” (*overlapping consensus*) –, ma, nel contempo, si assumono alcuni postulati che conducono verso un'ottica di necessità (se pur situata), oggetto di un “credo”.

Si presuppone che gli agenti siano «razionali» (o, meglio, ugualmente razionali) e, dunque, capaci di individuare le ragioni «appropriate», secondo una procedura «ragionevole»<sup>165</sup> e si ritiene che tale razionalità possa al meglio esplicarsi nella «posi-

<sup>162</sup> J. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., pp. 58-59.

<sup>163</sup> J. RAWLS, *La legge dei popoli*, cit., spec. p. 81.

<sup>164</sup> Anche in Dahl sembra essere presente, se pur diversamente, l'elemento del consenso, della concordanza: «se e quando molti cittadini mancano di capire che la democrazia richiede certi diritti fondamentali o non appoggiano le istituzioni politiche, amministrative e giudiziarie che garantiscono quei diritti, la democrazia è in pericolo»; «la democrazia non può durare se i suoi cittadini non riescono a creare e mantenere una cultura politica che la sostenga» (R. A. DAHL, *Sulla democrazia*, cit., p. 55).

<sup>165</sup> «Ho... assunto che le persone nella posizione originaria sono razionali» – afferma J. RAWLS (*Una teoria*, cit., p. 130), il quale, inoltre, non si limita ad assumere una generica razionalità, ma ne precisa anche ulteriori connotati, ugualmente assunti: «postulo che le parti accettino la rappresentazione del bene» per la quale «esse assumono di preferire più beni sociali principali, piuttosto che meno», «l'unica assunzione speciale che faccio è che un individuo razionale non soffre di invidia» (*ibidem*).



zione originaria», «sotto il velo dell'ignoranza»<sup>166</sup>, il quale viene ad essere il metavalore, formale ma anche sostanziale, che consente di individuare la miglior configurazione possibile di esistenza (e coesistenza) di tutti gli altri valori. Non si può che *credere* nell'intrinseca razionalità degli agenti o nella possibilità di configurare il velo dell'ignoranza e nella sua idoneità a trovare un accordo che individua in ogni caso le scelte appropriate: la posizione originaria e la razionalità sono dei presupposti di tipo assoluto, i quali in ogni situazione indicano – con i crismi di una necessarietà razionale – la soluzione più appropriata per tutti. È una necessarietà – come detto prima – che si può definire “situata”<sup>167</sup>, perché non necessariamente tesa alla costruzione di un completo sistema, ma può essere utilizzata in riferimento ad un contesto determinato (è la soluzione in quell'ipotesi)<sup>168</sup> e,

<sup>166</sup> In proposito, vedi spec. J. RAWLS, *Una teoria*, cit., p. 125 ss., dove si precisa la nozione di «posizione originaria» (in breve, come situazione in cui «le parti non sanno in che modo le alternative influiranno sul loro caso particolare») e si *assume* – al fine di utilizzare una «nozione di giustizia procedurale pura» – «che le parti sono situate dietro un velo di ignoranza».

<sup>167</sup> Vedi G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 179, il quale osserva come nelle dottrine razionaliste «ciascun diritto... appare come esigenza della realtà storica del mondo moderno»; «i diritti non trovano origine nella ragione come espressione della natura, ma come risposta, come dissenso di fronte ad una situazione di fatto che provoca una reazione intellettuale, la quale genera i valori su cui ciascun diritto si fonda», reazione – si potrebbe aggiungere – che è razionale e oggetto di un accordo.

<sup>168</sup> Si può notare che negli scritti più recenti (quali *Political Liberalism*, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, e, per certi aspetti, nonostante un universalismo legato al carattere globale della questione affrontata, *La legge dei popoli*), Rawls tende a sottolineare maggiormente il significato procedurale dei principi di giustizia, del concetto di giustizia come equità, e, soprattutto, del “consenso per intersezione”, quali strumenti da applicare per affrontare le varie questioni, costruendo una soluzione attraverso la pluralità di posizioni, mentre tendenzialmente pare di poter osservare una prospettiva più sistematica e, per così dire, onnicomprensiva in *Una teoria della giustizia*.

Similmente cfr. quanto osserva L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., pp. 110-111, per il quale Rawls riconosce il carattere di «impegnativa etica “comprensi-

dunque, la sua assolutezza e universalità (mai, comunque, pare di poter dire, di tipo “eterno”) dipendono anche dall’oggetto specifico: la giustizia come bene comune, la legge comune dei popoli, oppure, ad esempio, la giustizia distributiva in riferimento ad un sistema sociale.

In questo senso ha “meno pretese” l’affermazione di Dahl inerente alla democrazia (pluralistica) che non quella di Rawls inerente ad una «giusta società politica dei popoli»; quanto, invece, alle tesi di Autori come Walzer o Dworkin, spesso immessi nel flusso della corrente di cui si discorre, pare esservi in realtà una somiglianza solo parziale di assunti comuni.

Walzer elabora un concetto di universalismo reiterativo, definito «negativo e minimale»<sup>169</sup>, il quale «opera principalmente entro i limiti della nostra ragione e della ragione altrui» («non della Ragione con la R maiuscola» – precisa l’Autore stesso)<sup>170</sup>, presupponendo solo il «reciproco riconoscimen-

va”» alla proposta contenuta in *Una teoria della giustizia* e nel successivo *Liberalismo politico* attenua la prospettiva universalistica e “comprensiva”, insistendo, invece, sul riferimento alla cultura politica, alla giustizia come equità all’interno di una certa tradizione politica, alla possibilità di raggiungere attraverso l’*overlapping consensus* la convergenza delle varie concezioni “comprehensive” su una concezione politica comune; l’Autore ritiene peraltro che in *La legge dei popoli* Rawls ritorni «al problema di una fondazione epistemologica, psicologica e antropologica della teoria della giustizia», presupponendo una «diffusione globale del senso di giustizia» e trascurando l’idea del consenso per intersezione (*ibidem*, p. 115).

<sup>169</sup> Cfr. il commento alla posizione di Walzer, di T. CASADEI, «*Senso del luogo*» e *tensione universalistica: pluralità delle morali e diritti umani* in Michael Walzer, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, spec. pp. 37-39. Si ricorda anche che Walzer critica lo stile procedurale e la tendenza a fondare principi universali di filosofi quali Rawls, Dworkin o Habermas (in proposito, si rinvia a T. CASADEI, «*Senso del luogo*» e *tensione universalistica*, cit., p. 32 s.).

<sup>170</sup> Walzer, peraltro, si riferisce ad un concetto, sia pur molto debole, di “natura umana”: «ciò che gli esseri umani hanno in comune è ... questa facoltà creativa, che non è la facoltà di fare la stessa cosa nello stesso modo ma la facoltà di fare molte cose diverse in modi diversi» (*Due specie*, cit., p. 134); non è una nozione questa che si avvicina a quella della persona umana come «spazio biologico delle possibilità» (Mazzarella)?

to», ovvero il «rispetto per gli altri»<sup>171</sup>: per il resto vi sono delle leggi generali (ma non di tipo onnicomprensivo, ovvero non appartenenti al *covering-law universalism*), dei valori considerati universali, che hanno però delle «implicazioni particolaristiche»<sup>172</sup>. L'universalismo reiterativo, in altre parole, può presentarsi con la forma di «leggi generali» – come quella che «l'oppressione è sempre un male» –, ma «di un tipo speciale», «apprese con l'esperienza», e che, proprio in quanto tali, «impongono il rispetto per la particolarità, per le differenti esperienze», quali, nel caso citato, quelle «della schiavitù e della sofferenza, subite da popoli differenti, la cui liberazione assume forme diverse»<sup>173</sup>. Nel pensiero di Walzer, cioè, la «legge generale» è di tipo reiterativo e non assoluta, soggetta ad applicazioni varie, e pare potersi dedurre – sempre che non scompaia con la differenziazione delle esperienze concrete<sup>174</sup> – dalla persistenza e accordo in ordine a determinate risposte a certi valori (pur essendo anche questi ultimi concetti mutevoli)<sup>175</sup>: un approccio – che si potrebbe definire – in parte di tipo consensualista, in parte razionalista, ed in parte anche tradizionalista, ma, senza dubbio, soprattutto

<sup>171</sup> «Non c'è una regola universale che valga per tutti i campi, tranne quella costituita dal reciproco riconoscimento, e dalle nostre differenti descrizioni dei tratti comuni della reiterazione»; l'universalismo reiterativo «richiede rispetto per gli altri, che sono creatori di morale tanto quanto noi», che si riconosca la legittimità degli «atti ripetuti di specializzazione morale» (M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 144).

<sup>172</sup> Tali sono, ad esempio, l'indipendenza, l'individualismo, l'autodeterminazione, l'autogoverno, la libertà, l'autonomia (M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 134).

<sup>173</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 134.

<sup>174</sup> M. WALZER pare piuttosto scettico in ordine alla possibilità di trovare dei nuclei comuni, delle «comunanze differenziate», astruendo dalle differenze (vede spec., *Due specie*, cit., p. 140).

<sup>175</sup> «Non esiste un singolo criterio uniforme o eterno del valore; anche i criteri vengono reiterati» (M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 144).

esprimente una posizione di tipo “aperto” e relativista (contestualizzata)<sup>176</sup>.

Rispetto a tale teoria, quella di Dworkin appare più vicina – nonostante che lo stesso Autore ne proclami la distanza – ad una impostazione di tipo giusnaturalistico<sup>177</sup>. Esistono – per Dworkin – dei «diritti morali» nei confronti del governo, in parte anche espressi come diritti legali e costituzionali, ma comunque non coincidenti con essi: sono diritti «prioritari rispetto alle norme giuridiche positive»<sup>178</sup>, diritti «fondamentali», «verso lo stato, in un significato forte», diritti che prevalgono sugli scopi sociali, sul benessere generale<sup>179</sup>. Sono diritti che il legislatore (lo stato) non può violare e che comportano – qualora «la legge erroneamente si intromette nei... diritti contro lo stato» – il diritto di disobbedire alla legge<sup>180</sup>, il che non costituisce «un diritto staccato ed aggiuntivo, rispetto agli altri diritti verso lo stato», ma «è semplicemente una caratteristica di tutti i diritti verso lo stato; e non può essere teoricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti»<sup>181</sup>.

«Uno stato che afferma di riconoscere i diritti individuali... deve rinunciare alla pretesa che i cittadini non abbiano mai il

<sup>176</sup> «Noi facciamo tutto questo fra di noi, in un determinato qui-e-ora, lavorando con una serie locale di valori e concetti» (M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 144).

<sup>177</sup> Anche se – come è stato osservato (L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 120) – occorre prestare attenzione a non «enfaticizzare eccessivamente gli aspetti “giusnaturalistici” della teoria dworkiana».

<sup>178</sup> Così L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 116.

<sup>179</sup> Cfr., ad esempio, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 274.

<sup>180</sup> Esemplifica R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 275: «se egli [un uomo] ha il diritto morale alla libertà di parola, allora ha anche il diritto morale di infrangere qualunque legge che lo stato non ha il diritto di adottare»; volendo proporre un esempio attuale: se ciascuna persona umana ha un diritto (morale, ma anche costituzionale) alla pace, allora ha il diritto di disobbedire a determinate leggi per tutelare quel diritto.

<sup>181</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 275.

diritto di infrangere la legge, e non deve definire i diritti dei cittadini in modo da non considerarli, per ragioni che minaccino il benessere generale», e, se la maggior parte delle leggi «non può essere neutrale, ma «deve formulare in gran parte l'opinione della maggioranza per quel che riguarda il bene comune», l'istituzione di diritti è «cruciale perché rappresenta la promessa della maggioranza alla minoranza che la sua dignità e eguaglianze saranno rispettate»<sup>182</sup>. I diritti, dunque, – si può evincere – non solo non sono riconducibili ad un fondamento positivista, ma nemmeno a concezioni basate sul consenso della maggioranza, sul potere della volontà generale; i diritti, inoltre, – afferma Dworkin – non sono «un dono di Dio o un antico rituale o uno sport nazionale»<sup>183</sup>: non sono, quindi, riconducibili ad una prospettiva metafisica o tradizionalista.

I «diritti morali», tuttavia, sono degli *a priori*, la cui istituzione «è una pratica complessa e problematica», ma funzionale rispetto ad uno scopo: i diritti nei confronti dello stato sono necessari per proteggere la dignità e la posizione di uguaglianza nei confronti degli altri dell'individuo. A questo proposito Dworkin utilizza pure l'espressione «diritti naturali», anche se si premura di specificare che in tal modo ci si riferisce ad una teoria *rights-based*, ma non di tipo metafisico.

I diritti, in sostanza, riposano su due «importanti idee»: «la prima è la vaga, ma potente, idea della dignità umana», «la seconda è l'idea, più familiare, di uguaglianza politica»<sup>184</sup>: i diritti nascono perché «trattare un individuo non come un essere umano, o come meno degno di considerazione di quanto non

<sup>182</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., pp. 291-292.

<sup>183</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 284.

<sup>184</sup> La prima idea «suppone che ci siano modi di trattare un individuo che sono contraddittori col riconoscerlo membro della comunità umana, e ritiene che tale trattamento sia profondamente ingiusto»; la seconda «suppone che i membri di una comunità devono ricevere da parte del loro governo la stessa considerazione e rispetto, che i membri più potenti si sono assicurato» (R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 284).

lo siano altri individui» appare una «grave ingiustizia»<sup>185</sup>. Quella che viene proposta è una concezione individualista nella quale centrale sono le idee della dignità e dell'eguaglianza, ovvero – come è stato detto – il diritto all'indipendenza individuale o il diritto di ogni individuo al riguardo e al rispetto<sup>186</sup>: i diritti si giustificano come pretese nei confronti dello stato se sono collegati alle idee ricordate, ovvero necessari per la loro affermazione. La dignità o l'uguaglianza – precisa poi Dworkin – non necessariamente devono essere concepite come assiomatiche, possono cioè esserci differenti motivazioni circa la loro importanza, anche di tipo utilitarista<sup>187</sup>: peraltro si tratta di idee che, se pur possono essere variamente fondate e giustificate, sono assunte come date.

In altre parole il diritto dell'individuo all'eguale rispetto e trattamento viene a costituire il principio supremo e presupposto di ogni ordinamento giuridico ed è indipendente da quest'ultimo: una – parrebbe quasi – non ipotetica, ma reale e specifica norma presupposta kelseniana? Oppure, anche, il punto di incontro fra un giusnaturalismo “debole”<sup>188</sup> e il diritto positivo?

Al di là della presupposizione del principio di dignità umana e di eguaglianza, Dworkin ritiene che «molti diritti» sono universali e «possono essere verosimilmente definiti “i diritti umani”», poiché «vi sono argomenti a favore di questi diritti nei confronti di qualsiasi giustificazione collettiva, in qualsiasi circostanza che ci si possa ragionevolmente aspettare di riscontrare nella società politica»<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 285.

<sup>186</sup> Cfr., in tal senso, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 7.

<sup>187</sup> Cfr., in particolare, R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 284, nota 2.

<sup>188</sup> Ma, forse, non poi così “debole” se si considera la rielaborazione dworkiana del classico diritto giusnaturalistico alla ribellione (la disobbedienza civile).

<sup>189</sup> R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 447.

Parrebbe, dunque, che Dworkin presupponga due principi generali, quali quello della dignità e dell'uguaglianza, assunti come degli *a priori*, ma compatibili con differenti giustificazioni, e che consideri i singoli diritti una implicazione di tali principi, la quale, in quanto tale, connota tali diritti come diritti definiti morali o naturali, a significare la loro indisponibilità da parte dello stato (discendente per l'appunto dalla antecedenza dei valori cui essi sono legati). In questo contesto l'universalità e "necessarietà" dei diritti è, da un lato, quasi "data", ma, dall'altro, "argomentata", o, perlomeno, convivono astratta deduzione logico-razionale e argomentazione di tipo "concreto"<sup>190</sup>.

Nessuno – nemmeno il positivista più convinto – sfugge (perlomeno in relazione ad alcuni aspetti) alla necessità di ricorrere ad un "credo", e nemmeno le teorie c.d. razionalistiche, anche quelle più "aperte" che presuppongono un, per così dire, valore di partenza solo di tipo procedurale (un procedimento logico-razionale), costituiscono una eccezione. Certo, comunque, si possono individuare razionalisti più "positivisti" (come Walzer) e razionalisti più "giusnaturalisti" (come Dworkin), a seconda, in particolare, sia del coefficiente di "credo" postulato, sia dell'impostazione di tipo più induttivo o deduttivo, logi-

<sup>190</sup> Osserva L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 121: «vi è una sorta di oscillazione fra le affermazioni sul valore universale dei diritti come espressione della dignità umana e la loro fondazione nell'ambito di un particolare sistema giuridico», vi sono «affermazioni di sapore universalistico e – almeno in un qualche senso – giusnaturalistico», ma «in molti altri luoghi la fondazione dworkiana dei diritti appare molto più contestuale, o addirittura "comunitaristica"»; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 7, considera come i principi di fondo indicati da Dworkin costituiscono la «base logico-positiva di ogni sistema liberal-democratico» (corsivo mio); G. REBUFFA, *Introduzione all'edizione italiana*, in R. DWORKIN, *I diritti*, cit., p. 11, rileva come «al centro degli scritti di Dworkin vi è ... il tentativo di mostrare l'insufficienza sia del positivismo che del realismo, e, in generale, di tutte le filosofie politiche utilitaristiche, a garantire il funzionamento liberale delle organizzazioni giuridiche contemporanee».

ca o empirica<sup>191</sup>, sia della configurazione del valore di partenza, che può essere contemporaneamente simile e opposto (come nel caso del rispetto per gli altri di Walzer e del diritto di ciascuno al rispetto di Dworkin).

Un *modus procedendi* razionalista permette comunque di optare per un “credo” debole e, quindi, facilmente condivisibile e tollerante nei confronti delle differenze<sup>192</sup>, e, nello stesso tempo, di conferire ai diritti una salvaguardia maggiore di quella legata ad una semplice osservazione dell’esistente.

In tal senso anche chi esprime molti dubbi circa la possibilità (oltre che l’utilità) di fondare i diritti – come Bobbio – e considera i diritti umani «diritti storici», «prodotto non della natura, ma della civiltà umana»<sup>193</sup>, nel contempo osserva come «oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell’uomo»<sup>194</sup>.

#### II.2.4. *Sulla classificazione dei fondamenti dei diritti umani*

Con il razionalismo, quale tentativo – si potrebbe dire – di conciliare, nella configurazione dei diritti, lo “spirito moderno” e l’intramontabile idea di un *quid* «scolpito nel cuore di ognuno»<sup>195</sup>, si può terminare questa veloce esplorazione del

<sup>191</sup> Ciò determina anche forme diverse di universalismo, il quale, ad esempio, può essere strutturato a partire da una deduzione, o da una induzione; può insistere su un eguale razionalità oppure porre come elemento caratterizzante la creazione di fatto di una intersezione o reiterazione comune.

<sup>192</sup> Ovvero capace, da un lato, di convivere con ordinamenti di tipo diverso e, dall’altro, di costituire un’ottima base per una società liberale.

<sup>193</sup> N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 26.

<sup>194</sup> N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., p. 116.

<sup>195</sup> La quale, è bene ricordarlo, continua comunque sempre ad affascinare; sfogliando, ad esempio, alcune riviste italiane alla ricerca di scritti sul tema del fondamento dei diritti dell’uomo, si sono incontrati vari Autori (oltre quelli già citati), che, se pur in maniera differente, esprimono la loro preferenza per un fon-



mare, domandandosi se ora è possibile redarre una carta delle correnti, ovvero una classificazione della varie teorie sul fondamento dei diritti della persona umana.

Fra le numerose proposte di classificazione, si può ricordare, nell'ambito della dottrina italiana più recente, quella di Viola, che, in primo luogo, individua, guardando le tesi tradizionali sui diritti dell'uomo, essenzialmente tre origini ideali dei diritti umani: filosofica, religiosa e culturale<sup>196</sup>. Ognuna delle tesi

damento ontologico, metafisico o, comunque, non "semplicemente" positivo: A. SPADARO, *Il problema del «fondamento»*, cit., pp. 453 ss., il quale, pur sottolineando l'importanza fondamentale dell'affermazione dei diritti da parte dell'ordinamento giuridico, si riferisce, da un lato, alla loro radice metagiuridica (e metapolitica), di tipo ontologico, e, dall'altro, alla loro pregiuridicità in quanto elementi legati alla coscienza sociale; L. BAGOLINI, *Il fondamento dei diritti umani*, in *Riv. internaz. filosofia dir.*, 1987, pp. 3 ss., per il quale la persona umana è «concepibile come idonea ad aprirsi... ad un ordine morale trascendente» ed i diritti umani sono «parte integrante di un orizzonte di valori morali», sono «degli obiettivi in se stessi»; A. BAUSOLA, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uom.*, 1988/1, pp. 5 ss., che si esprime per un fondamento universale ed assoluto, in particolare di tipo teista; L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell'uomo e diritto pleromatico*, in *Ragion pratica*, 2002/18, il quale afferma che «il fondamento dei diritti dell'uomo è l'ontologia umana e l'antropologia filosofica» (p. 161) e assume come modello di persona, compatibile con l'universalizzazione [che è fondata sulla scienza, la quale però «ha difficoltà a fondare i diritti, perché nell'uomo difficilmente può vedere la persona» (p. 162)], l'uomo che desidera «i beni del corpo, della mente e della relazione affettiva», che sono tre beni «non esclusivi» (p. 166).

<sup>196</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 16 ss. (ma vedi anche precedentemente ID., *Dalla natura*, cit., pp. 304-305). L'Autore, in particolare, nel trattare dell'origine religiosa si riferisce alla separazione fra Chiesa e Stato e alla libertà religiosa, sottolineando poi come, comunque, anche ammettendo tale origine, non si può ritenere che i diritti conservino un carattere religioso; nel riferirsi all'origine filosofica considera come «i diritti dell'uomo sono il frutto maturo o il logico sviluppo dei "diritti naturali" del Seicento e del Settecento» (p. 18); e, infine, nel parlare di origine culturale, sottolinea quegli aspetti per i quali i diritti umani «sono prodotti da una causa storica e contingente», sono diritti storici e «non sono i diritti dell'uomo, ma i diritti degli "americani", cioè diritti legati ad un determinato gruppo socio-politico e ad una determinata cultura» (p. 23).

sulle origini – argomenta l'Autore – «ha una sua plausibilità» ed evidenzia un valore sotteso ai diritti, quale l'autenticità (origine religiosa), l'autonomia (origine filosofica) e la socialità (origine culturale), pur non potendo nessuna di esse «aspirare all'esclusiva»<sup>197</sup>. Se, per Viola, «nessuna concezione è apparsa di per sé sufficiente a fondare i diritti umani, ma tutte hanno evidenziato aspetti essenziali»<sup>198</sup>, egli è anche conscio del fatto che tradizionalmente vi è un'«opposizione classica, in cui ancora ci si dibatte», fra «una natura umana senza storia» e «una storicità dell'uomo privo di natura, cioè di vincoli ontologici», che conduce a pensare i diritti «o come astratti diritti naturali o come diritti positivi che magari fruiscono contingentemente di un consenso sempre più allargato»<sup>199</sup>.

Al di là di questa opposizione e dell'accordo pratico<sup>200</sup>, Viola distingue quindi fra teorie «interessate più al fondamento in senso gnoseologico (la teoria scettica, e quella intuizionista)» e «teorie interessate piuttosto al fondamento in senso ontologico (la teoria ontologica, quella istituzionalistica, quella degli interessi, quella utilitaristica)», considerando come intermedia, quale tentativo di coniugare i due orientamenti, la teoria logico-analitica<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 27.

<sup>198</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 207.

<sup>199</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 24.; fra i molti Autori che partono dalla distinzione fra prospettiva giusnaturalistica e prospettiva giuspositivistica, cfr., anche, sinteticamente, G. DALLA TORRE, *Il fondamento dei diritti umani*, in *Universitas*, n. 69, 1998, p. 28; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit.

<sup>200</sup> L'accordo pratico è da Viola considerato «insufficiente a giustificare l'esistenza dei diritti umani»; egli si propone un «perché» «non... di fatto, ma di diritto», ovvero, non di registrare la presenza o meno del consenso, ma di interpretare in maniera «profonda» ciò che di fatto si verifica, ricordando come, ad esempio, «i grandi teorici del contratto sociale non si sono limitati a descrivere il suo contenuto storico, ma si sono anche posti la questione normativa riguardante ciò a cui tutti i cittadini *devono* consentire», anche se la questione «non è posta in un vuoto storico» (F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., pp. 197-198).

<sup>201</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 199; per una sintetica disamina delle varie teorie, *ibidem*, pp. 199-207.

Bobbio – per restare sempre in Italia<sup>202</sup> e nell’ambito delle sistematizzazioni dei fondamenti più seguite – distingue, invece, essenzialmente tre «modi di fondare i valori»: «dedurli da un dato obbiettivo costante, per esempio la natura umana», «considerarli come verità di per se stesse evidenti», «scoprire che in un dato periodo storico sono generalmente acconsentiti»<sup>203</sup>.

Se una notazione critica si può muovere a questa proposta è forse l’inefficacia della distinzione fra i primi due «modi di fondare i valori»: la deduzione da un «dato obbiettivo costante», quale la natura umana o la Ragione umana (ma anche – si può presupporre l’immagine di Dio o una legge divina)<sup>204</sup>, non rappresenta, specie in alcune versioni, una fondazione che fa appello ad un dato evidente, «al di là di ogni prova» e di «ogni possibile argomentazione di carattere razionale»<sup>205</sup>? La considerazione di valori «come verità di per se stesse evidenti» può essere riferita ad una qualsiasi assunzione di un presupposto, ovvero di un “credo”, che, proprio in quanto supposto come

<sup>202</sup> Non è qui possibile prendere in esame anche solo le più significative fra le proposte di classificazione avanzate in tutto il mondo; a titolo di esempio, si ricorda solo quella di C. S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, il quale distingue fra scetticismo (citando, fra gli altri, Autori quali Kelsen e Raz), costruttivismo (ricordando, in particolare, Rawls) e comunitarismo (riferendosi, ad esempio, a MacIntyre).

<sup>203</sup> N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 19. Si può osservare, fra l’altro, come il primo “modo” corrisponda a quella che Viola identifica come la teoria ontologica, mentre il secondo rinvii alle teorie da Viola considerate “intuizioniste”; simili sono le osservazioni critiche che ambedue gli Autori muovono ai fondamenti in oggetto, rilevando, ad esempio, come sia difficile individuare un concetto di natura umana costante e dal contenuto univoco e come l’evidenza sia apparsa riferibile ad intuizioni differenti e confliggenti (vedi N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 19; F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., pp. 200-202).

<sup>204</sup> F. VIOLA (*Etica e metaetica*, cit., p. 201) esplicitamente considera parte della teoria ontologica la sua «versione teologica»: «le persone hanno diritti, perché sono creature di Dio o figli di Dio».

<sup>205</sup> Queste ultime sono le critiche che Bobbio rivolge alla fondazione dei valori attraverso l’appello all’evidenza (N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 19).

pre-esistente o oggetto di fede, può essere considerato di per sé evidente, al di là della possibilità di argomentarlo (razionalmente, logicamente, empiricamente, ecc.). L'appello all'evidenza, peraltro, potrebbe anche essere utilizzato per suffragare tesi che fondano i valori sul consenso: è evidente il valore che è "generalmente acconsentito"; anche se – occorre aggiungere, come osserva Bobbio – è proprio la verifica storica a mostrare come valori proclamati evidenti, lo sono in un dato momento, ma non in un altro<sup>206</sup>.

In sintesi, la distinzione che sembra più confacente è quella fra insieme delle teorie c.d. metafisiche, come quelle della deduzione da un «dato obbiettivo costante», e insieme delle teorie c.d. politiche o legate al "fatto" o – secondo la definizione di Bobbio – provate dal consenso<sup>207</sup>.

La prima categoria è idonea a comprendere, ad esempio, le dottrine del diritto naturale, ma anche quelle religiose, accomunate dal riferimento alla presenza di elementi dati (presupposti) assunti come oggettivi e costanti ("creduti"). Al più si potrebbero costruire in un secondo tempo dei sottoinsiemi, distinguendo, all'interno delle teorie "metafisiche", tesi religiose, giusnaturaliste in senso classico, giusnaturaliste in senso moderno (giusnaturaliste logiche?) e, magari, tesi filosofiche (o filosofiche-politologiche), comprendenti, ad esempio, quelle ipotesi più vicine ad elementi empirici e contestualizzati, quali il giusnaturalismo a tendenza logico-scientifica moderno e le costruzioni razionaliste<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 19.

<sup>207</sup> Ovvero, quelle teorie nelle quali «i diritti umani hanno un fondamento contingente, convenzionale, e quindi necessariamente caratterizzato nel senso dell'arbitrarietà, sia esso collettivo (la volontà politica), sia esso individuale (la volontà soggettiva)» (G. DALLA TORRE, *Il fondamento*, cit., p. 28).

<sup>208</sup> In relazione alle costruzioni razionaliste occorre peraltro precisare che il relativismo e l'estrema contestualizzazione di alcune di esse possono a volte anche indurre a considerarle nell'insieme delle tesi "politiche". A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., ad esempio, – come ricordato – annovera tesi quali

Quanto all'insieme che presenta come elemento comune il "consenso", ovvero l'origine politica, esso appare efficace nell'individuare il punto di contatto fra ipotesi come quelle tradizionaliste, positiviste o realiste<sup>209</sup>: la volontà umana quale creatrice dei diritti nel senso di semplice fatto (se pur, poi, ovviamente, con i vari distinguo che si possono introdurre anche in questo caso, quale, ad esempio, il valore accordato alla persistenza sin da "tempi immemorabili")<sup>210</sup>. Il fondamento delle teorie basate sulla "prova del consenso", per dirlo con le parole di Bobbio, «è l'unico fondamento... che può essere fattualmente provato», è di tipo storico, non assoluto; esclude le tesi di tipo oggettivo ed accoglie quelle basate sulla «prova dell'intersoggettività» (ovvero del consenso), quelle per le quali «un sistema di valori è... *universale*, non in principio ma *di fatto*...»<sup>211</sup>.

Volendo, dunque, tentare una classificazione, le categorie riconducibili agli scettici<sup>212</sup>, ai sostenitori di un fondamento

quella di Rawls, Dahl, ma anche Dworkin, fra le «concezioni positivistiche» (pp. 6-7), mentre, fra quelle «giusnaturalistiche» (pp. 4-5), invece, nomina le teorie dei diritti naturali (di origine trascendente, di carattere trascendentale e come valori «a priori» materiali (storici) o etico-sociali).

<sup>209</sup> O, come già detto, se si vuole, quelle fra le costruzioni fondate sulla razionalità più empiriche e contestualizzate.

Accomuna, ad esempio, positivismo (per il quale i diritti «dipendono dalla contingenza della volontà del legislatore») e storicismo (che rimette i diritti alla «contingenza temporale della presunta "coscienza storica"»), mettendone in luce il carattere relativo, l'incapacità di individuare un fondamento incontrovertibile, S. COTTA, *Il fondamento*, cit., pp. 647-648.

<sup>210</sup> In questo senso le teorie tradizionaliste sono quelle che più si avvicinano all'insieme delle tesi metafisiche, in quanto, così come – si è visto – quelle razionaliste, presentano elementi caratterizzanti sia un insieme che l'altro (nell'ipotesi delle teorie tradizionaliste, la volontà umana, quale elemento tipico delle tesi "politiche", e la sua sublimazione, con la relativa acquisizione di intoccabilità, con il trascorrere del tempo, quale struttura propria delle tesi "metafisiche").

<sup>211</sup> N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., pp. 20-21.

<sup>212</sup> Come si vedrà (parte I, cap. III), è difficile trovare una teoria che nega completamente i diritti della persona umana; generalmente ad essere negato è

metafisico-ontologico, ai razionalisti, ai tradizionalisti, ai positivisti, etc., si possono raggruppare in due insiemi, sotto le parole d'ordine: metafisica e consenso umano<sup>213</sup> (la prima legata ad un presupposto, un "credo", e la seconda ad un fatto, un "vedo"), che connotano gli elementi portanti del *proprium* o della struttura del fondamento<sup>214</sup>.

Oltre questa possibile ripartizione dei fondamenti, sembra utile proporre una sistematizzazione alternativa, o – meglio – complementare, costruita come un *continuum* con due estremità: da una parte, c'è il "credere" e, dall'altra, il "vedere". Lungo il tracciato da una estremità all'altra sono distribuite le varie teorie sul fondamento dei diritti della persona umana, in relazione alla quantità di "credo" e di "vedo" contenuta nel *proprium* e nella struttura di ciascuna. Le percentuali di "credo" e "vedo" si possono immaginare come progressivamente crescenti e decrescenti, ovvero ad una alta percentuale di "credo" corrisponde una bassa percentuale di "vedo", e viceversa. Evidentemente tesi come quelle metafisiche saranno situate all'estremità del "credere" o nelle sue vicinanze (se, ad esempio, sono corredate da un tentativo di argomentazione di tipo empirico o, anche solo, logico-scientifico, o se presentano, accanto ad alcuni dati assoluti, elementi aperti e "contestualizzati")<sup>215</sup>; le dottrine positiviste possiederanno un'alta percentuale

un fondamento assoluto dei diritti umani, di tipo metafisico, ma ciò avviene in favore di un fondamento tradizionalista o positivo.

<sup>213</sup> L'espressione "consenso" deve essere letta in senso ampio, come sintesi di molteplici forme riconducibili in modo differente ad esso: consenso come accordo in "tempi immemorabili" o persistenza nel tempo in ordine a determinati diritti; consenso quale concordanza di tutte le genti; consenso come presupposto implicito di una norma di diritto positivo; etc..

<sup>214</sup> In alcuni casi l'essenza del fondamento è differente (uomo come immagine di Dio-costruzione razionalista), ma la struttura è simile (implicazione da un valore presupposto).

<sup>215</sup> Quale può essere il caso di alcune ipotesi di giusnaturalismo moderno, come quello di Berti o Mazzarella.

di “vedo” e, corrispondentemente, una bassa percentuale di “credo”; le ipotesi razionaliste si incontreranno presumibilmente verso la metà della linea immaginaria dal “credere” al “vedere”; e così via.

Ma, a cosa serve qualsiasi tentativo di classificazione o sistematizzazione e, in particolare, quello qui proposto? Una risposta sorge spontanea: serve ad evidenziare gli elementi comuni, nel contenuto, nella struttura, nella funzione, tra le varie teorie sul fondamento dei diritti.

È utile, altrimenti detto, a facilitare la ricerca di un eventuale nucleo essenziale quanto ai valori fondanti o, quantomeno, alla loro struttura o alla loro funzione, al fine di non accontentarsi di registrare la presenza di un accordo pratico e di non assumere una posizione agnostica o relativista di fronte alla questione del fondamento, ma di cercare se esiste un *quid* universale nelle differenti giustificazioni e legittimazioni dei diritti umani.

Se, facilmente, – come si è appena visto – si può immaginare che non vi sia convergenza intorno ad *un* fondamento, il discorso cambia (può cambiare) se si riduce il fondamento comune ad un nucleo essenziale condiviso e, quindi, si lascia spazio a sviluppi differenti delle giustificazioni (fondamenti)<sup>216</sup>.

L'affermazione di Bobbio sul fatto che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*»<sup>217</sup> è citata in pressoché tut-

<sup>216</sup> In questa prospettiva si muovono le tesi che assumono l'argomento minimalista nel trattare del fondamento dei diritti umani; fra gli altri, si può citare, da ultimo, M. IGNATIEFF, *Per una ragionevole apologia*, cit., con la precisazione, peraltro, che occorre distinguere – come osserva, *ivi*, S. VECA, *I diritti umani*, cit., pp. 110-111 – fra utilizzo dell'argomento minimalista «per le ragioni della *giustificazione*» e «per le ragioni dell'*adesione*» (Veca, in specie, sostiene che «la parsimonia a proposito delle ragioni della giustificazione è coerente ... con la liberalità e la ricchezza plurale delle differenti ragioni per l'adesione» e che solo tale “combinazione” rende possibile una «durevole concordanza»).

<sup>217</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 16.

ti gli scritti sui diritti dell'uomo, ma, come si vedrà trattando della questione della loro effettiva universalità e del loro significato ambiguo (strumento di tutela e sviluppo della persona umana/arma ideologica al servizio di una politica imperialista), non è indifferente il sostrato (il fondamento) sul quale i diritti universali della persona umana riposano<sup>218</sup>. Senza dubbio trovare un *quid* trasversale alle varie teorie sul fondamento può aiutare ad argomentare sia una *sincera* universalità dei diritti umani sia una loro "assicurazione" nei confronti della mutevolezza della volontà umana.

<sup>218</sup> Si è già ricordato in precedenza come, accanto alla considerazione dell'importanza del raggiungimento di un accordo pratico, vari Autori sottolineano l'imprescindibilità della questione del fondamento (cfr., come citati *supra*, F. VIOLA, *Diritti dell'uomo*, cit., spec. p. 52, nonché ID., *Etica e metaetica*, cit., spec. pp. 189 ss.; E. BERTI, *Per una fondazione*, cit., spec. pp. 284-285; S. COTTA, *Il fondamento*, cit., spec. p. 647 e p. 653).

Non convince, invece, la posizione di chi (F. AVANZINI, *Universalismo e pluralità delle culture*, in *Fenomenologia e società*, 2000/3, p. 7) sostiene che soltanto se si fa «della questione dei fondamenti il punto centrale» è sostenibile l'accusa di etnocentrismo nei confronti dei sostenitori della portata universale dei diritti, in quanto è vero che «un universalismo dei diritti, difeso in quanto fondato a partire dalle dottrine del giunaturalismo, può essere condiviso soltanto nel contesto delle culture occidentali» e aggiunge di non credere «che la questione dei fondamenti sia oggi da ritenere centrale al fine di sostenere il principio di universalità dei diritti umani» e che «ciascuno ha ... il sacrosanto diritto di ricercare, se lo ritiene necessario, entro le proprie tradizioni politiche, culturali, giuridiche e religiose, le ragioni su cui fondare i diritti dell'uomo, senza che per questo debba esserne negata la loro universalità». Proprio quest'ultima osservazione in realtà dimostra come può essere possibile e, forse, anche auspicabile, – per una "vera" universalità – cercare gli elementi comuni nel fondamento, per rendere più stabile e meno esposto alle accuse di imposizione, un accordo pratico sui diritti, che nasce, questo sì, senza dubbio, per come è ora formulato, in *una* cultura (occidentale). La prospettiva del *quid* comune si pone non solo come antagonista rispetto all'imposizione di *un* fondamento, ma diverge anche dalla posizione di semplice tolleranza degli altri fondamenti e/o di "incuranza" del fondamento (evitando così l'errore di sottovalutare l'influenza di quest'ultimo sul catalogo, sulle modalità di proclamazione e di applicazione, sulla percezione dei diritti).



### II. 3. *Una scelta possibile*

Si è scelto di tuffarsi nel mare, navigando fra le correnti sul fondamento dei diritti della persona umana, si è tentato di proporre una mappa, che faciliti l'individuazione dei punti di intersezione, si vedrà fra poco come anche i più restii a lasciarsi trasportare dalle acque, in realtà alla fine si abbandonano alla corrente, se pur preferendo in genere nuotare solo fin dove si spinge la loro vista, l'intento è ora di tornare a guardare il mare dall'alto, osservando tutte le sue correnti, alla ricerca dei luoghi nei quali esse si incontrano (o scontrano), magari verificando se quelle che scorrevano tranquille, non nascondano in realtà una forza capace di soffocare tutte le altre, imponendo loro una direzione; ma, se prima si volesse, se pur anche solo per poco, lasciarsi trasportare da un'onda?

Si sceglierebbe quella che considera i diritti della persona umana fondati sulla consuetudine e sulla convergenza fra le culture: i diritti umani universali come quei diritti che appaiono presenti nel tempo e nello spazio, come diritti non assolutamente immutabili, ma ai quali la persistenza nel tempo e la compresenza nello spazio assicura stabilità. Si immagina che si tratti di un'onda che possa incontrare piccole tempeste, ma non la fossa delle Marianne, e che, via via che ci si lascia trasportare, diventi sempre più "accogliente".

Si propende, cioè, lasciando la metafora, per una tesi tradizionalista, connotata da una concezione ottimista e progressiva della storia<sup>219</sup>, e coniugata con una teoria del consenso in senso

<sup>219</sup> Fra le infinite citazioni che si potrebbero fare, si vogliono ricordare le parole di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835-1840), Rizzoli, Milano, 1997, laddove tratta della questione di *Come l'eguaglianza suggerisce agli americani l'idea della perfettibilità indefinita dell'uomo* (Libro III, Parte I, Capitolo VIII): «l'uomo ... ha una caratteristica particolare: si perfeziona»; «sempre cercando, cadendo, rialzandosi, spesso deluso, mai scoraggiato, egli tende incessantemente verso questa grandezza immensa che intravede confusamente al culmine della lunga strada che l'umanità deve ancora percorrere»; «l'uomo è indefinitamente perfettibile» (pp. 449-450).

spaziale (tendenzialmente universale). I diritti della persona umana sono diritti che si sviluppano nel corso dei secoli, con una linearità crescente<sup>220</sup>, sia nel contenuto dei singoli diritti che nel catalogo generale<sup>221</sup>, e l'universalità è data, e contemporaneamente provata, dalla constatazione della loro presenza in culture e ordinamenti giuridici differenti, dal *consensus omnium gentium*.

Sono diritti storici<sup>222</sup> e contestualizzati, dunque, diritti che non necessariamente – anzi la storicità e contestualizzazione in-

<sup>220</sup> Si può in questo senso immaginare di generalizzare il discorso di M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., in ordine al rapporto medioevo-costituzionalismo moderno, laddove, dopo aver evidenziato come esso può essere costruito in termini di frattura o continuità (interpretazione storica), sottolinea, propendendo per la seconda ipotesi, come «il caso inglese consente [infatti] di radicare le libertà nei tempi lunghi della storia, sottraendole quindi alle pericolose definizioni del legislatore, nello stesso tempo però veicolando la fortunata immagine di una loro progressiva evoluzione, contro l'immobilismo medievale...» (p. 20).

<sup>221</sup> Per meglio intendersi: la libertà personale, già sancita come garanzia dell'*habeas corpus* nella *Magna Charta* del 1215, ha visto accrescersi il suo ambito di tutela (oltre che la sua effettività), i diritti individuali sono stati integrati dai diritti collettivi, i diritti sociali sono venuti ad aggiungersi ai diritti di libertà, e via discorrendo. Si presuppone, in altre parole, che la persona umana aspiri a mantenere e migliorare le proprie condizioni di vita (in maniera simile), per cui, da un lato, modifichi i diritti esistenti per adattarli al mutamento delle condizioni (quali, ad esempio, le innovazioni tecnologiche o la globalizzazione economica) e, dall'altro lato, crei nuovi diritti. L'idea è di una stabilità dei diritti nei confronti dei loro cambiamenti *in peius* e di un dinamismo per i cambiamenti *in melius*; tale idea pare più di un desiderio personale, perché è riscontrabile attraverso il "vedo" dell'esperienza, e richiede per la sua confutazione perlomeno una prova contraria, che integri le stesse caratteristiche della fiducia che si accorda ai diritti umani, ovvero si basi su una diminuzione perdurante nel tempo ed universale nel riconoscimento – e non solo nell'effettivo godimento – dei diritti stessi.

<sup>222</sup> Sono diritti, dunque, non «sottratti al flusso della storia», ma rappresentano il «prodotto ... della civiltà umana» e, in quanto tali, sono «mutevoli, cioè suscettibili di trasformazione e di allargamento» (N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 26); Bobbio, fra l'altro, sembra implicitamente propendere per una rap-

ducono a ritenere che ciò avvenga ben difficilmente – si presentano identici nei secoli o nei vari paesi<sup>223</sup>. Alcuni diritti, ad esempio, saranno riconosciuti universalmente, ma con modalità (e magari anche fondamenti) differenti<sup>224</sup> e/o in tempi diversi; altri diritti saranno proclamati solo a partire da un certo periodo. L'insieme dei diritti della persona umana è, cioè, mutevole, ma, oltre la considerazione che sembra di poter individuare in tale mutevolezza una tensione verso una sempre maggior implementazione dell'insieme stesso, il trascorrere del tempo e la condivisione (a prescindere dal fatto che essa sia dovuta alla priorità del bene o del male)<sup>225</sup> conferiscono ad esso sicurezza e stabilità. Tale stabilità si presenta come non assoluta, ma solo ragionevole, plausibile; comunque, rappresenta un fondamento più solido di una prospettiva realista o positivista *tout court*. È un fondamento che, detto altrimenti, consente di considerare le violazioni dei diritti umani, anche se pianificate e generalizzate<sup>226</sup>, come, per l'appunto, violazioni, e non segno

presentazione progressiva della storia: con le trasformazioni che insorgono nel tempo, nascono nuovi bisogni e quindi «nuove richieste di libertà e di poteri» (*ibidem*, p. 28); la Dichiarazione universale, ad esempio, «è una sintesi del passato e un'ispirazione per l'avvenire», non è scolpita una volta per sempre, ma deve *crescere* (*ibidem*, spec. p. 29). Circa la concezione della storia di Bobbio, cfr. anche quanto ricordato *supra*, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., spec. pp. 48-53.

<sup>223</sup> Ai diritti storici e contestualizzati – si potrebbe dire – si connette, più che l'aggettivo “identici”, quello “simili”.

<sup>224</sup> La questione sta in tale caso nel riuscire ad individuare, al di là delle modalità differenti, un valore di base o un nucleo essenziale comune, e, al di là delle differenti costruzioni teoriche sul fondamento, dei principi condivisi (quale, ad esempio, il valore della persona umana).

<sup>225</sup> La condivisione, fra l'altro, non deve necessariamente essere considerata alla stregua di un dato di fatto, ma si possono immaginare degli strumenti per costruirla, quali, ad esempio, un'etica discorsiva, discorsi razionali, simulazioni della posizioni originaria, ecc.

<sup>226</sup> Il riferimento ovvio è ai campi di sterminio nazisti, ma possono essere ricordate anche la politica del regime di Pol Pot o la prassi della dittatura di Pinochet e, soprattutto negli anni Settanta-Ottanta, di molti degli Stati dell'America Latina.

dell'inesistenza dei diritti, quasi che i diritti costituiscano una linea che in certi periodi perde consistenza, ma non si spezza<sup>227</sup>; è un fondamento che non appiattisce i diritti sulla realtà, ma, fornendo una base per tutelare i diritti già acquisiti, guarda al futuro<sup>228</sup>.

I diritti non sono assoluti, ma nemmeno del tutto relativi e storici, nel senso di intimamente legati ad un determinato periodo storico o ad una specifica statuizione di diritto positivo<sup>229</sup>, perché, a prescindere dalle differenze che essi presenta-

<sup>227</sup> Anche se non si può certo escludere – specie nell'epoca in cui si scrive – che qualche violazione non abbia effetti così dirompenti da spezzare la linea dei diritti, in modo tale che, anche se poi si vuole ritornarvi, non è più possibile (come nell'ipotesi di un incidente con effetti mortali).

<sup>228</sup> È un fondamento cioè, quello proposto, che fonda i diritti, ma non si immedesima con essi, come fosse un fondamento incentrato interamente sul “vedo”; è un fondamento – si potrebbe dire – che si comporta con i diritti in maniera simile al rapporto fra morale e diritto, ove vengano concepite come separate: la morale può costituire la base per il diritto, può essere recepita dal diritto, ma non si esaurisce in esso, il che, fra l'altro, permette l'evoluzione del diritto stesso (in tal senso, ad esempio, cfr., recentemente, le osservazioni di A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 130: «la morale sociale, per quanto progredita, incorporata nella Costituzione, non può per principio essere l'unica: altri diritti bussano alle porte, altre prospettive criticano l'esistente... Se si invoca troppo la morale implicita nell'ordinamento, come fa Dworkin, o la si ritiene corretta purché costituzionale, come fa Alexy, non si vede come si possa criticarla, dopo averla descritta»; ciò, anche se il carattere aperto e, per così dire, *in progress*, di alcuni diritti, o principi costituzionali, può consentire un'evoluzione – o, anche, fondare una critica – che incide sull'ordinamento giuridico, ma non sul quadro costituzionale).

<sup>229</sup> In questo senso ci si allontana anche dalla posizione di chi, come D. ZOLO, *La strategia*, cit., pp. 44-45, considera come «i diritti, tutte le specie di diritti ... sono in sostanza delle semplici *conditional opportunities*», che «consentono ai cittadini di rafforzare le loro aspettative sociali e di lottare con qualche maggiore possibilità di successo per l'affermazione di valori individuali e collettivi», diritti i quali come «altra faccia del conflitto in una società complessa: vivono e muoiono con esso». In tale prospettiva, neanche i diritti civili e politici, ovvero le «prerogative più consolidate» possono essere «dati per scontati, come se fossero conquiste evolutive irreversibili», in quanto «nuove

no nel tempo e nello spazio, è proprio il fatto che sono – nella loro essenza – ripetuti nel tempo e riconosciuti in aree (culturali) anche lontane fra loro a sancire il loro carattere di “diritti della persona umana” (universali)<sup>230</sup>. Il tempo e la compresen-

situazioni di fatto, legate soprattutto allo sviluppo scientifico-tecnologico, possono in qualsiasi momento rendere incerto ciò che in passato poteva sembrare perfettamente assicurato» (*ibidem*, pp. 44-45). Tale soluzione indubbiamente appare più “laica” e “razionale” rispetto a quella proposta, ma anche molto più “relativizzante” e (troppo) dipendente dalla struttura economico-tecnologica, la quale, invece, non deve necessariamente essere assunta come «situazione di fatto». Zolo, in verità, conclude affermando che non si tratta di rinunciare, ad esempio, ai diritti sociali, i più precari fra i diritti, ma «di difenderli e di espanderli sino ai limiti estremi delle compatibilità imposte dal mercato» (*ibidem*, p. 45): ma, perché, invece di ragionare in termini di compatibilità con il mercato, non si può immaginare di “mettere prima” i diritti e di influenzare, in loro nome, la struttura economica?

Il funzionamento dell’economia e l’utilizzo delle innovazioni tecnologiche non sono dei dati (immodificabili), che necessariamente condizionano i diritti, ma possono (dovrebbero) essere funzionalizzati proprio ad un maggior sviluppo e realizzazione dei diritti. Certo questa impostazione può apparire irrealistica, ma almeno in questa “proposta di teoria” ci si autorizza ad immaginare la costruzione di un altro “mondo possibile”, nel quale i diritti non siano strumentali ad una politica di potenza o, tutt’al più un correttivo, per alcuni privilegiati, rispetto ad una sua nuda espressione, un mondo ben diverso dall’Impero descritto da M. HARDT, T. NEGRI (*Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano, 2001), nel quale, ai primi piani della piramide della costituzione globale vi sono «un superpotere, gli Stati Uniti», «un gruppo di stati-nazione che controllano i principali strumenti monetari globali», le «reti delle corporazioni capitalistiche transnazionali... che operano sul mercato mondiale» (p. 290), scompare l’autonomia della politica ed il consenso viene ad essere determinato da fattori economici (p. 288), ed il comando imperiale, attraverso, in particolare, «la bomba, il denaro e l’etere», si propone di controllare «l’equilibrio generale del sistema globale», «in funzione dello sviluppo capitalistico» (p. 320).

<sup>230</sup> In questo senso i diritti universali vengono a costituire una sorta di “patrimonio” dell’umanità, creato dall’uomo (ovvero, che nasce da una coscienza morale condivisa, che viene poi socialmente trasmessa), ma non disponibile da parte di un uomo o di un gruppo di uomini (nell’ambito di una concezione astratta dell’umanità, per cui per “gruppo di uomini” si possono inten-

za dunque consentono di identificare una posizione (giuridica) soggettiva come “diritto della persona umana” e permettono altresì di rivestire il diritto di una sorta di ragionevole e plausibile intoccabilità.

La proposta in questione è, in altre parole, un tentativo di fondamento che assume le esigenze di permanenza, la funzione di “assicurazione” ed anche di parametro ideale cui rapportare la realtà (per eventualmente modificarla), proprie del diritto naturale – si è, cioè, consci di non sfuggire ad una delle principali motivazioni sottese a molte costruzioni teoriche sui diritti dell’uomo –, ma è anche un tentativo di richiedere un “credo” debole, in parte verificabile alla luce del “vedo” e con pretese di scientificità e logicità.

È un tentativo di definire i diritti dell’uomo non solo in senso formale, ma anche sostanziale (se pur non si individua *un* contenuto assolutamente fisso e immutabile), mantenendo il più possibile l’astrattezza (e la potenziale universalità e distanza da una prospettiva fideistica) del criterio di identificazione (se pur non prescindendo dal riferimento, comunque ad *un* fondamento).

Certamente, sono molte le critiche che si possono muovere all’abbozzo di tesi indicato<sup>231</sup> e senza dubbio non si ha la prete-

dere anche tutti gli abitanti della terra in un dato periodo), in quanto l’universalità e la permanenza permettono di conservarlo al di là delle contingenti volontà di distruggerlo.

<sup>231</sup> In senso simile a quanto qui descritto, vedi, recentemente, E. RIPEPE, *Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione? (e altre riflessioni in pubblico)*, Cedam, Padova, 2000, il quale, in primo luogo, constata che «nell’epoca della secolarizzazione... il modo prevalente di affrontare la questione [n.d.r.: del fondamento dei diritti] è stato quello di ignorarne l’esistenza...» e che «la soluzione più o meno consapevolmente adottata... è consistita in sostanza nel presupporre ugualmente in quei diritti i caratteri che essi potrebbero avere se (e solo se) fossero espressione di un’autorità sovraordinata a quella del legislatore positivo, nonostante l’inesistenza di una tale autorità», con la conseguenza che «l’esistenza di diritti inviolabili propri dell’uomo in quanto tale rischia di risultare una sorta di dogma giusnaturalistico senza i presupposti del giusnaturali-

sa di proporre – come si ritiene risulti chiaramente dalle pagine che precedono – *la* teoria dei diritti dell'uomo: sembra, però, che, in un ipotetico bilanciamento tra vantaggi e svantaggi delle differenti teorie, quella in esame presenti un “buon” equilibrio. Fra i vantaggi, in specie, si possono ricordare: un'assicurazione (non assoluta, ma dotata di un buon grado di protezione) dei diritti dalle oscillazioni della volontà e del comportamento umano<sup>232</sup>, la compatibilità di tale concezione dei diritti

smo, e di valere, piuttosto che come un postulato della ragione, come un principio accettato (solo) in quanto espressione di un'ideologia risultata storicamente vincente» (p. 178). L'Autore indica quale via d'uscita, per non cadere nell'irrazionalità, nella volontà di credere, la riconduzione del fondamento al *consensus omnium gentium* (non semplicemente presunto, almeno dalla Dichiarazione del 1948), chiedendosi quindi, però, come potrebbe configurarsi una «pretesa validità universale di principi e valori fondata su un consenso in realtà limitato ad una particolare fase storica», sottolineando il rischio di concludere che «l'asserita imprescrittibilità dei diritti fondamentali si debba intendere come una imprescrittibilità... *pro tempore*» (p. 179). La soluzione – prosegue Ripepe – «sembra quella di sostenere, sulla base di una concezione progressivo-ascendente della storia, che la coscienza della inviolabilità dei diritti fondamentali enunciati nella *Dichiarazione universale* dell'ONU, ormai consacrata dal consenso generale, costituisca una conquista storica e insieme un'acquisizione definitiva dell'umanità, suscettibile di arricchimento e sviluppi ulteriori, ma non più di ripulse o “superamenti”» (p. 179). Perché i diritti costituiscano, però – osserva ancora l'Autore – una «acquisizione (forse) definitiva dell'umanità» essi dovrebbero essere accolti e tutelati in tutti gli ordinamenti, mentre il consenso generale riguarda la validità in astratto, ma non un reale accoglimento e una adeguata tutela; anche il riconoscimento della validità in astratto, comunque, – continua Ripepe – «ha la sua importanza, perché quand'anche fosse dovuto a mera ipocrisia, proprio in considerazione del fatto che l'ipocrisia è pur sempre un omaggio che il vizio rende alla virtù, esso comporterebbe un'ammissione della superiorità etica di quei principi e di quei valori, che non potrebbe alla lunga rimanere priva di conseguenze sul piano pratico» (p. 180) [ciò fermo restando che facilmente la comune adesione non è solo ipocrisia, anche perché è facilitata dalla generalità e genericità dei diritti, dal fatto che fra essi non vi sono priorità e che ne sono possibili interpretazioni diverse].

<sup>232</sup> Si tratta di una assicurazione che, se mette al sicuro da oscillazioni della volontà umana, è comunque legata alla volontà umana, se pur non nel senso

con culture e contesti differenti, la possibilità di non soggiacere alle critiche fondate sulla relatività storica dei diritti e la mutevolezza del loro catalogo, la contemplazione (come probabile) di una crescita dei diritti; fra gli svantaggi, da un lato, il non fornire una copertura “assoluta” ed eterna<sup>233</sup>, e, dall’altro lato, essenzialmente, presupporre una serie di “credenze” (se pur in quantità minima), le quali postulano la presenza di *un* consenso di tipo fideistico (di per sé non necessariamente universale), che – come ogni fede o, forse, come ogni schema non matematico – può facilmente “sbagliare”, essere smentito o, semplicemente, non creduto.

Gli elementi di “credo”, quali una concezione ottimista nei “prodotti” della storia e nella possibilità di individuare delle convergenze all’interno delle molteplici forme di vita umana (intese qui in specie come culturali), e, se si vuole, anche una configurazione delle persone umane (al plurale, nel rispetto delle diversità) come tendenti a migliorare la propria vita, ad assicurarsi sempre migliori condizioni di sviluppo ed espressione di sé (della propria dignità in senso ampio e non predeterminato)<sup>234</sup>, esistono, ma paiono “deboli” e, in parte, dimostrabili (il che, quantomeno, ridimensiona la “pecca” della teoria). La proclamazione, ad esempio, della libertà di pensiero dell’in-

“qui e ora”, ma “sublimata” dal tempo e dalla universalità (se i diritti umani in alcuni paesi vengono negati dall’ordinamento giuridico e violati, anche massicciamente e per un lungo periodo, non è revocata in dubbio la loro esistenza, ma se nessuno per millenni riconoscesse i diritti umani, allora sì, sarebbe difficile fondare la loro presenza).

<sup>233</sup> Una copertura, detto altrimenti, che esiste a prescindere, non solo da una violazione, magari anche massiccia, dei diritti, ma anche da qualsivoglia loro affermazione concreta e anche in assenza di qualunque consenso (come è tipico per una concezione di tipo metafisico, di “credo” e senza elementi di “vedo”).

<sup>234</sup> Si può tuttavia prescindere, ad esempio, dalla considerazione che la tensione degli uomini a proteggersi e a migliorare la propria condizione derivi da una “naturale” propensione al bene, piuttosto che da una difesa nei confronti di una “naturale”, o anche solo constatata, tendenza al male.



dividuo pare persistente nel tempo e, anzi, oggetto di sempre maggiori garanzie, le quali, da un lato la sviluppano, e, dall'altro, la adattano a contesti differenti (si pensi anche solo allo sviluppo tecnologico), e ciò rappresenta un dato empirico, che permette di trarre delle "ragionevoli" aspettative per il futuro. Il diritto all'assistenza sociale è un diritto che, se pur con modalità differenti – più come dovere della comunità o pretesa del singolo – è, al di là delle difficoltà pratiche legate al suo "costo", universalmente presente, e ciò è concretamente verificabile e, di nuovo, induce a supporre una continuità.

Si può aggiungere, inoltre, a proposito della convergenza nello spazio quale elemento fondante un diritto della persona umana, che esso può sì fondare determinati diritti, ma, dall'altra, sconfessarne altri, magari qualificati come universali, ma in realtà tipici di una specifica cultura: ciò può contribuire all'edificazione di una effettivamente sincera condivisione dei diritti della persona umana, sgombrando il campo da quelli che *una* cultura considera diritti dell'uomo e da una proclamazione dei diritti solo come strumento di affermazione (e sopraffazione) di una parte nei confronti dell'altra.

Si introducono – è innegabile – con quest'opera di verifica empirica, di astrazione del nucleo essenziale, di comparazione di aspetti differenti di un supposto *quid* comune, elementi nei quali ritorna del "credo", accanto ad una valutazione soggettiva (con i problemi di universalità connessi); anche in tal caso, peraltro, il "credo" è parzialmente dimostrabile: se tutti giungono a considerare una determinata posizione soggettiva un diritto della persona umana, a prescindere dalle differenze, il risultato dell'eventuale astrazione e comparazione risulta confermato.

È un tesi, in breve, quella qui descritta, di compromesso (nel senso alto del termine) fra un "credo" ed un "vedo" e, dunque, come presenta vantaggi legati all'una e all'altra teoria, così ne rileva rispettivamente anche gli svantaggi.

Non si è però ancora trattato di un'obiezione di fondo che si potrebbe muovere a tale tesi: essa presuppone che i di-

ritti della persona umana siano – se realmente universali e non creati o utilizzati contro le persone umane – un valore, un *quid* desiderabile, uno strumento per garantire la vita – come elemento dinamico e possibilità di estrinsecazione – della persona umana o, meglio, delle persone umane<sup>235</sup>. Si *crede* nei diritti della persona umana, nel valore della persona umana, nella possibilità che ciascuno sviluppi la propria vita e nella fundamentalità della creazione delle garanzie che rendono ciò possibile.

Questa è una fede e, come tale, si può proporre o, forse meglio, propagandare, cercando di creare intorno ad essa consenso e agendo concretamente per affermare quelle che sono le sue implicazioni concrete, senza dimenticare che è una fede in un valore relativo (la persona umana come persone umane e i diritti, storici e contestualizzati, di tale persona umana) che è – deve essere – universale: quando i diritti sono i diritti di una persona o di un gruppo di persone, facilmente sono strumenti per “assicurare” non la persona umana, ma il privilegio.

Si tratta di una fede – quella nei diritti della persona umana – che, se resta ad un elevato livello di astrazione, senza toccare le varie configurazioni storiche dei diritti ed il loro contenuto concreto, facilmente incontrerà consensi; tuttavia, non mancano teorie che, da vari punti di vista, esprimono dubbi sull'esistenza dei diritti dell'uomo: qual è in specifico l'oggetto del loro scetticismo? E, ancora, esistono effettivamente delle somiglianze nelle posizioni soggettive che consentono di individuare, perlomeno in un nucleo minimo ed essenziale, dei diritti della persona umana? Uno sguardo alle varie culture, al rap-

<sup>235</sup> Il riferimento alle “persone umane” consente di sottolineare come non si presuppone una natura umana comune ed uguale, ma come le persone siano differenti, pur potendo incontrarsi intorno ad alcuni principi (ma è un incontro libero, non necessario, non avviene in base ad una legge deterministica, ma in virtù della formazione di un consapevole consenso); e sono proprio i diritti a consentire alle “persone umane” di esplicitare al meglio le differenze.

porto, ad esempio, fra esse e i diritti della Dichiarazione universale del 1948 o dei Patti delle Nazioni Unite del 1966, può aiutare a rispondere, cercando nel “vedo” conferme al “credo” in una spirale progressiva dei diritti, che si espande nello spazio e si allunga nel tempo.



## CAPITOLO TERZO

### I DUBBI SULL'ESISTENZA DEI DIRITTI DELLA PERSONA UMANA

SOMMARIO: III.1. Burke e i diritti tradizionali degli Inglesi. – III.2. Bentham: «insensatezza» dei diritti naturali e principio di utilità. – III.3. De Maistre: una visione reazionaria e teocratica. – III.4. Romanticismo, storicismo e positivismo. Cenni e rinvio. – III.5. Il pensiero marxista. – III.6. Croce, i diritti come «fatti storici»; Bobbio, l'illusione del fondamento assoluto. – III.7. Perelman, la dialettica del ragionevole. – III.8. Osservazioni conclusive

Nella prospettiva di navigazione senza timone nel vasto mare delle teorie sui diritti della persona umana pare interessante – come accennato – dedicare attenzione ad alcuni pensatori che hanno posto in primis dubbi sull'esistenza dei diritti stessi, quasi che la navigazione non avesse tante mete possibili, ma nessuna. Seguendo la rotta degli scettici, si incontreranno posizioni differenti, chi definisce i diritti “nonsensi sui trampoli” (Bentham), chi li considera espressione dell'uomo borghese (Marx), chi ritiene una illusione la ricerca di un fondamento assoluto (Bobbio): ma, ciò che si rifiuta, sono i diritti dell'uomo, o, piuttosto, una loro particolare concezione?

#### III.1. *Burke e i diritti tradizionali degli Inglesi*

L'Autore che solitamente viene citato per primo quando si affronta il tema dei «*critiques des droits de l'homme*»<sup>1</sup> è Edmund Burke.

Peces-Barba definisce Burke «il primo critico assoluto del concetto di diritti umani»<sup>2</sup> e lo inserisce fra coloro che negano totalmente il concetto stesso. Senza dubbio lo scrittore inglese può essere annoverato fra coloro che criticano, anche aspramente, i diritti umani, con la precisazione però che l'oggetto delle sue appassionate parole<sup>3</sup> non paiono essere tanto i diritti della persona umana in sé e per sé, ma una specifica rappresentazione dei diritti dell'uomo: quella della Rivoluzione francese (diritti dell'uomo come diritti naturali, metafisici e assoluti).

Nelle *Riflessioni sulla Rivoluzione francese* (1790) Burke critica i diritti dell'uomo del 1789 innanzitutto perché costituiscono una «mina», in grado di far «saltar tutti per aria con una sola immensa esplosione»: «esempi tratti dall'antico, precedenti, statuti, atti parlamentari», senza tener in alcun conto il costume degli antenati, l'esperienza<sup>4</sup>. «Il punto di partenza di tutto il pensiero di Burke è la valorizzazione dell'organizzazione sociale così come si è venuta configurando spontaneamente attraverso la stratificazione secolare di prassi e tradizioni»<sup>5</sup>: in tale ottica, dei diritti naturali, metafisicamente ed ontologicamente fondati, non possono che presentarsi come dirompenti ed essere, dunque, energicamente respinti.

<sup>1</sup> L' espressione è ripresa dalla monografia di P. B. BINOCHE, intitolata proprio *Critiques des droits de l'homme* (Presses Universitaires de France, Paris, 1989).

<sup>2</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 53

<sup>3</sup> Vedi, ad esempio, tra gli altri, quel passo dove egli afferma di essere «incapace di mantenere rapporti con coloro che professano principi di estremismo», cioè con quella «genia di persone... talmente infatuata dei diritti dell'uomo da aver totalmente dimenticato la natura dell'uomo», quelle persone che «senza aprire nuove strade all'intelletto» sono riuscite «a bloccare quelle che conducevano al cuore...» (E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative: in una lettera destinata ad un gentiluomo parigino*, 1790, in *Scritti politici*, UTET, Torino, 1963, p. 229).

<sup>4</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 221.

<sup>5</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., pp. 248-249.

In secondo luogo, l'Autore si scaglia contro i diritti proclamati dalla Rivoluzione francese perché essi, concepiti come diritti assoluti, perfetti in astratto, appaiono «difettosi» in pratica, non utili in concreto<sup>6</sup>: «il principio che presiede alla formazione del governo civile non è quello dei diritti naturali, che possono esistere ed in effetti esistono indipendentemente da esso; ed esistono con molta maggiore chiarezza e ad un assai maggiore livello di perfezione astratta: ma proprio la loro perfezione in astratto ne costituisce il difetto in pratica. Perché avendo diritto a tutto vogliono tutto. Il governo è un espediente della saggezza umana per provvedere ai *bisogni* umani... E tra questi bisogni si trova quello, che denota una società civile, di porre sufficiente freno alle proprie passioni... Questo può essere ottenuto soltanto da un potere esterno a loro e libero, nell'esercizio delle sue funzioni, da quel volere e da quelle passioni che è suo ufficio imbrigliare e domare... Ma siccome le restrizioni e le libertà variano con i tempi e con le circostanze ed ammettono infinite modificazioni, non possono essere stabilite una volta per tutte in una codificazione astratta; e niente è più sciocco che discuterle su un principio astratto»<sup>7</sup>.

Il diritto astratto, dunque, a contatto con la realtà delle passioni e dei bisogni umani, rivela la sua inadeguatezza: «questi diritti astratti, quando si introducono nella vita pratica, si comportano come quei raggi di luce che penetrando in un mezzo denso, vengono, per legge di natura, riflessi, ma deviati dal loro diritto cammino. Così a contatto di un mezzo denso quale la complicata ed enorme massa delle passioni e degli interessi umani, i diritti originari dell'uomo subiscono una tale

<sup>6</sup> Cfr. G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., che ugualmente individua «due assi principali» nella critica di Burke ai diritti dell'uomo: «una prima osservazione di carattere negativo», cioè «che non hanno rispettato il vecchio e buon diritto dei francesi, ancorato alla storia, né la costituzione tradizionale», e «un secondo di carattere positivo», cioè «che questo ideale astratto non ha utilità pratica e non è efficace» (p. 54).

<sup>7</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 224.

varietà di riflessioni e rifrazioni, che diviene assurdo parlare di essi come se ancora mantenessero tutta la semplicità della loro primitiva direzione. La natura dell'uomo è intricata, ed i fini della società estremamente complessi...»<sup>8</sup>.

Oltre ad evidenziare, per così dire, l'errore teorico della dottrina dei diritti naturali, Burke, con aspre parole, mette in luce – come accennato – anche la loro inutilità da un punto di vista pratico-concreto: «a che giova discutere sul diritto astratto dell'uomo a cibo e medicine? Quel che ci deve interessare è come procurare e amministrare cibo e medicina. Ed a questo fine giova più valersi dell'aiuto del contadino e del medico, che non del professore di metafisica»<sup>9</sup>.

Lo scrittore inglese afferma, quindi, che «i diritti di cui vociferano questi teorici sono tutti estremi: veri in quanto assoluti metafisici, ma falsi se trasposti su un piano morale e politico» e che «i veri diritti dell'uomo risiedono in una zona *media*, difficile a definire ma non impossibile a percepire. I diritti dell'uomo, in una società civile, sono i suoi stessi vantaggi; e questi non vengono mai espressi in assoluto, ma risiedono in equilibrate gradazioni...»<sup>10</sup>.

Sembra chiaro che l'Autore non rifiuta i diritti dell'uomo in sé, ma una loro particolare concezione: quella che li configura come diritti assoluti e metafisici. Lo stesso Burke, infatti, afferma: «sono ben lontano dal negare in teoria o dal reprimere in pratica (come se fosse in mio potere concedere o negare) i diritti *reali* dell'uomo. Nel negare i loro falsi diritti non intendo recare ingiuria a quei diritti che sono reali e che verrebbero totalmente distrutti dai falsi»<sup>11</sup>.

Si vuole ottenere «*l'élimination des vrais droits de l'homme comme abstractions*», quindi si rifiuta «*le projet meme d'une Déclaration des droits de l'homme comme projet métaphysique*,

<sup>8</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 225.

<sup>9</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., pp. 224-225.

<sup>10</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 226.

<sup>11</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 222.



*comme l'impossible mise entre parenthèses du réel dans sa diversité contingente*» e si reinterpretano «*pragmatiquement les vrais droits de l'homme*»<sup>12</sup>.

I diritti esistono, ma come «*inalienabile eredità*» trasmessa a noi dai nostri antenati, e trasmissibile alla nostra posterità, come proprietà appartenente in modo speciale al popolo di questo regno, senza alcun riferimento a qualsiasi altro diritto più generale o antecedente»<sup>13</sup>.

I «più sacri diritti e libertà» sono sempre stati visti quale «*eredità*», come esemplificato, «nella famosa legge del terzo anno di regno di Carlo I, chiamata *Petizione dei Diritti*», dalle parole che il parlamento rivolge al re: «“I vostri sudditi hanno *ereditato* questa libertà”, reclamando i propri diritti non sulla scorta di astratti principi concernenti i diritti dell'uomo, ma come diritti degli Inglesi loro derivanti dai propri avi»<sup>14</sup>.

In conclusione sembrerebbe quindi più corretto – piuttosto che sostenere che «Burke accetta e assume» una «impostazione di negazione totale del concetto di diritti umani»<sup>15</sup> – affermare che egli rifiuta una impostazione giusnaturalista, assolutizzante, del concetto di diritti dell'uomo per accoglierne una storicista, relativizzante.

Burke cioè nega la possibilità di individuare un fondamento assoluto dei diritti umani e si limita ad individuarne un fondamento storico – o meglio – «convenzionale»<sup>16</sup>. Un tale fon-

<sup>12</sup> P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., pp. 14-15.

<sup>13</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 192.

<sup>14</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 191.

<sup>15</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 57.

<sup>16</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., p. 250; vedi, anche, fra gli altri, tra le opere più risalenti, G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., che definisce la critica di Burke alla Rivoluzione francese «una delle critiche più acute non solo di quella rivoluzione, ma generalmente dei tentativi di stabilire *a priori* un nuovo diritto politico, contro l'esigenza della continuità della tradizione» (p. 51).

L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit., evidenzia, a proposito del concetto di costituzione – ma analogo discorso vale per i diritti –, come secondo Burke «la

damento peraltro pare significare “qualcosa di più” rispetto, ad esempio, a quelle concezioni che fondano i diritti umani unicamente nel diritto positivo<sup>17</sup>: i diritti di Burke, infatti, si possono ascrivere a quelle teorie (tradizionaliste), ricordate in precedenza, per le quali i diritti sono in un certo qual modo protetti dal loro stesso protrarsi nel tempo, che pare assicurarli contro i mutamenti repentini della storia<sup>18</sup>. L'Autore stesso afferma che «l'idea ereditaria fornisce un principio sicuro di conservazione ed un principio sicuro di trasmissione, senza affatto escluderne uno di miglioramento. Lascia piena libertà di acquisire mentre garantisce il possesso di ciò che si acquisisce», in tal modo i principi «son posti al sicuro sotto chiave, come in una specie di spartizione di beni familiari, vincolati come in una specie di manomorta perpetua»<sup>19</sup>.

Ciò che pare veramente mancare nella teoria del tradizionalista inglese è l'idea di universalità dei diritti umani: i diritti sono riconosciuti come «diritti degli Inglesi loro derivanti dai propri avi»<sup>20</sup>. Peraltro non si esclude – anzi nel caso esaminato

costituzione migliore... è venuta alla luce non mediante un piano, ma mediante l'imitazione del processo naturale, cioè senza una riflessione che la guidasse, ma continuamente, lentamente, per non dire insensibilmente...» (p. 338).

<sup>17</sup> Cfr. G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke*, Giuffrè, Milano, 1988, secondo il quale la «trasmissibilità perpetua evoca un diritto più generale, un diritto che, poiché non è soggetto a variazioni per ragioni di tempo si può chiamare naturale ma che, siccome è riservato al fortunato popolo inglese, va integrato con l'attributo inglese» (p. 62), per cui in un certo senso si può dire che Burke appartiene «a una dottrina della *natural law*», anche se «non vanno confuse le posizioni: altro è la filosofia perenne, altro il giusnaturalismo illuministico, altro ancora l'ibrido burkiano...» (p. 63) [cfr. anche pp. 87 ss.].

<sup>18</sup> In questo senso sono diritti storici nel senso che hanno il loro fondamento nella storia, nella tradizione; non nel senso che sono diritti propri solo di un determinato momento storico.

<sup>19</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., pp. 192-193.

<sup>20</sup> E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 191. Vedi, in argomento, G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo*, cit., che rileva criticamente anche l'ineguaglianza di fondo

dall'Autore, cioè quello francese, lo si postula<sup>21</sup> – l'esistenza di diritti in capo ai cittadini di ogni popolo: ogni popolo però deve cercare nella *propria* memoria l'esistenza e il fondamento di quei diritti.

### III.2. *Bentham: «insensatezza» dei diritti naturali e principio di utilità*

Altro Autore citato tra i «*critiques de droits de l'homme*», quasi contemporaneo di Burke<sup>22</sup>, è Jeremy Bentham. Come Burke, anche Bentham svolge le sue taglienti considerazioni – in uno scritto dal titolo significativo: *Anarchical Fallacies* (1796)<sup>23</sup> – partendo dall'esame delle dichiarazioni dei diritti adottate durante la Rivoluzione francese.

La sua critica alla concezione dei diritti dell'uomo espressa dalla Rivoluzione francese, cioè alla «presunta esistenza di pre-

della concezione della libertà e dei diritti di Burke: la libertà come eredità vuole «proiettare, dal passato, indefinitivamente, le regole e i limiti con cui la libertà è trasmessa» (p. 62); non solo, cioè, i diritti sono diritti degli inglesi, ma nello scontro fra libertà ed eguaglianza, viste come antinomiche e non complementari, «deve essere la libertà a prevalere, anche se non è sempre una libertà lealmente competitiva» (p. 54).

<sup>21</sup> «Avreste potuto facilmente profittare del nostro esempio, dando alla libertà da voi testé recuperata una corrispondente dignità. I vostri privilegi, seppure sospesi, non erano scomparsi dalla memoria del popolo... avevate ancora una parte delle mura e certo tutte le fondamenta di un nobile e venerabile castello. Avreste potuto riparare quelle mura, costruire su quelle vecchie fondamenta» (E. BURKE, *Riflessioni*, cit., p. 194).

<sup>22</sup> Burke è vissuto tra il 1729 e il 1797, Bentham tra il 1748 e il 1832.

<sup>23</sup> L'opera è citata nella traduzione italiana apparsa in J. BENTHAM, *Il libro dei sofismi*, Editori Riuniti, Roma, 1993; per un commento allo scritto in esame, cfr., tra gli altri, P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., pp. 25-33; A. M. REVEDIN, *Critica metodologica e critica ideologica del concetto di diritti umani: Bentham e Marx*, in A. M. Revedin (a cura di), *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 297 ss.

sunti diritti»<sup>24</sup>, è drastica e radicale<sup>25</sup>: «come stanno veramente le cose? Stanno così: che non c'è niente di simile a diritti naturali, niente di simile a diritti precedenti alla fondazione della società politica; niente di simile a diritti naturali distinti da quelli legali e ad essi opposti»<sup>26</sup>; e ancora, più avanti: «ciò che non esiste non può essere distrutto, e ciò che non può essere distrutto non ha bisogno di nulla che lo preservi dalla distruzione. Parlare di *diritti naturali* è semplice insensatezza; parlare di diritti naturali e imprescrittibili è un'insensatezza retorica, insensatezza al quadrato»<sup>27</sup>.

I diritti naturali non esistono e, più in generale, non esiste alcun diritto naturale<sup>28</sup>; c'è, infatti, un'intrinseca contraddizione tra stato di natura e diritto: «vivere senza società politica significa vivere senza diritti. Sappiamo che cosa significa per gli uomini vivere senza società politica perché conosciamo esempi di questo modo di vivere: ne vediamo presso molte nazioni o meglio razze primitive dell'umanità, come i selvaggi del Nuovo Galles del sud, i cui costumi ci sono ben noti: nessuna consue-

<sup>24</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 118.

<sup>25</sup> Bobbio, ad esempio, definisce quella di Bentham «la prima serrata critica filosofica, non più soltanto politica, dei diritti naturali, così come sono usciti dalla testa dei costituenti francesi...: feroce stroncatura di questa fantasiosa invenzione di diritti che non sono mai esistiti...» (N. BOBBIO, *L'eredità*, cit., p. 137).

<sup>26</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 123.

<sup>27</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 124.

<sup>28</sup> Sul tema della negazione totale del diritto naturale da parte di Bentham cfr., ad esempio, A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., pp. 310 ss. (in particolare p. 311: «la negazione del diritto naturale è infatti in Bentham... radicale. Essa è svolta, come già in Hobbes ed in Rousseau, adoperando quale punto di partenza logico, seppur ipotetico, uno stato di natura non solo pre-sociale ma anche pre-giuridico...»); P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., p. 28, laddove parla di una «*récusation radicale, soustraite à toute ambiguïté, du droit naturel*»; G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., p. 54: «egli (n.d.r.: Bentham) parte dal preconetto che l'idea di un diritto naturale è una chimera, e che non vi può esser diritto se non sia conferito dall'autorità dello Stato».

tudine all'obbedienza, dunque nessuna società politica; nessuna società politica, dunque niente di simile a diritti, nessuna sicurezza, nessuna proprietà; quanto a libertà, una libertà totale da ogni regolare controllo, quello esercitato da leggi e poteri, ma nessuna libertà da un controllo irregolare, quello costituito dalla volontà dei più forti. In questo stato, in un'età anteriore agli albori della storia,... fummo noi pure:... a una sicurezza pari a quella delle bestie si accompagnava... un'infelicità maggiore di quella dei bruti»<sup>29</sup>.

Non è vero<sup>30</sup> che «gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti»<sup>31</sup>: si confonde l'essere con il dover essere, si presenta come un «dato ciò che invece rappresenta un dovere sociale implicito nella struttura giuridica positiva»<sup>32</sup>.

Ma parlare di diritti naturali non significa solo trattare di un argomento inesistente e insensato: «l'espressione (n.d.r.: diritti naturali)... è puramente figurata: nel momento stesso in cui, usandola, si cerca di darle un significato letterale, essa ingenera errore, e un tipo di errore che è a sua volta produttivo di danno, gravissimo danno»; «questo retorico nonsenso finisce come al solito per essere un nonsenso dannoso»<sup>33</sup>.

I diritti naturali sono funzionali infatti – continua il filosofo inglese – «a suscitare e alimentare uno spirito di resistenza a tutte quante le leggi, uno spirito di insurrezione contro ogni potere politico, delle altre nazioni come della propria, perfino contro il potere politico che essi dicevano di voler istituire»<sup>34</sup>. La distinzione tra leggi di natura e leggi umane genera violen-

<sup>29</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 124.

<sup>30</sup> «Nati liberi tutti gli uomini? Assurdo e miserabile nonsenso»; «Tutti gli uomini nascono uguali nei diritti. L'erede della più indigente delle famiglie ha dunque diritti uguali all'erede della famiglia più facoltosa? Quando mai ciò è vero?...» (J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 119).

<sup>31</sup> Art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

<sup>32</sup> A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 310.

<sup>33</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., pp. 123 e 124.

<sup>34</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 125.

za, in quanto induce gli uomini, non ad adottare l'atteggiamento del «censore ragionevole» (che, «constatando l'esistenza della legge che disapprova, ne propone l'abrogazione»), ma quello dell'«anarchico», che «sognando nella sua volontà e fantasia una legge di fronte alla quale l'intero genere umano è tenuto a inchinarsi alla prima parola..., calpestando ogni verità e decenza, nega la validità della legge in questione, ne nega l'esistenza in quanto legge, e chiama l'intera umanità a sollevarsi in massa ed opporsi all'esecuzione di essa»<sup>35</sup>.

Inoltre i diritti naturali comportano la schiavitù di «tutte le nazioni» e di «tutte le età future», presuppongono che «i futuri governanti non avranno onestà sufficiente perché si affidi loro di decidere quali diritti debbano essere conservati e quali abrogati, quali leggi mantenute in vigore e quali respinte» e che «i futuri sudditi... non avranno intelligenza bastante per poter decidere se assoggettarsi al potere politico del tempo loro oppure opporvi resistenza»<sup>36</sup>. Bentham cioè respinge, oltre la possibilità dell'esistenza di principi immodificabili (naturali), anche la visione tradizionalista di Burke<sup>37</sup>: «dove nasce questa smania prematura di stabilire le leggi fondamentali? Dalla vecchia convinzione di essere più saggi dell'intera posterità, più saggi di coloro che disporranno di maggiore esperienza; il vecchio sistema, insomma, con il quale i morti mettono in ceppi i vivi»<sup>38</sup>.

Viene così rifiutato ogni ancoraggio dei diritti ad un elemento che li sottragga ai mutamenti repentini della storia (anche se più labile del diritto naturale, quale l'ancora dell'ereditarietà di Burke). I diritti sono rimessi alla volontà dei «viventi», al diritto positivo. Un diritto positivo – si noti – in grado di vincolare il potere esecutivo (anche se a tal fine, secondo

<sup>35</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 119.

<sup>36</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 125.

<sup>37</sup> Sul rapporto tra Burke e Bentham cfr., tra gli altri, P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., pp. 25-28.

<sup>38</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 115.

Bentham, non serve tanto la Dichiarazione dei diritti quanto un codice costituzionale<sup>39</sup>), ma non il potere legislativo. Una limitazione del potere legislativo da parte di una dichiarazione siffatta sarebbe infatti, oltre che «superflua»<sup>40</sup>, inutile: «quando avrete provveduto a che il supremo legislativo non possa mai operare contro la generale e costante opinione del popolo, che cosa avrete guadagnato? Che scopo c'è a imprigionarsi in una serie di frasi a ciò escogitate? Il beneplacito del popolo: questo è il solo controllo cui nulla si può aggiungere e che nulla può sostituire»<sup>41</sup>. Inoltre – aggiunge l'utilitarista inglese – se non si prevedono delle eccezioni al riconoscimento dei diritti, è evidente che i diritti stessi saranno contraddetti, se si prevedono delle eccezioni e si rimettono alla legge, ciò significa in sostanza non dichiarare nulla.

Dunque, per Bentham, i diritti sono diritti positivi e, oltretutto, diritti non superlegislativi<sup>42</sup>, ma rimessi alla volontà del popolo e, in particolare, per esso, alla volontà dell'organo legislativo; una volontà da intendere come appartenente ad un potere costituito, non ad un potere costituente.

<sup>39</sup> Trattando dei possibili fini della Dichiarazione dei diritti del 1789, Bentham contempla anche quello di «imporre limiti all'autorità della Corona», ma esclude che la Dichiarazione possa servire allo scopo «perché questo è il fine specifico del Codice costituzionale, da cui questa parte preliminare è fin dall'inizio distinta» (J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 112).

<sup>40</sup> Il popolo, infatti, criticherà comunque una legge che non gli sia gradita, «che rechi o no il marchio di incompatibilità con questa dichiarazione dei diritti» (J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 113).

<sup>41</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 113.

<sup>42</sup> L'Autore nega anche che la Dichiarazione possa «costituire insieme un controllo e una guida per il legislativo stesso nella redazione delle leggi particolari» (p. 113): tale idea, infatti, discende da un errore logico. Occorre partire non dai principi per trovare poi le leggi particolari, come comunemente si ritiene, ma viceversa, in quanto «è solo nella misura in cui abbiamo formulato e confrontato fra loro le leggi particolari, che le nostre leggi fondamentali potranno risultare giuste e adatte al fine proposto» (J. BENTHAM, *Il libro*, cit., p. 114).

Ma Bentham non si limita ad affermare il carattere relativo e positivo – o meglio legale – dei diritti umani: in coerenza con il suo pensiero li colloca in un’ottica utilitaristica.

La relatività e la positività dei diritti sono strettamente connesse allo scopo dei diritti stessi, cioè all’utilità che essi presentano. Il fondamento dei diritti umani è, dunque, il principio di utilità e proprio perché i diritti sono fondati sull’utilità non possono che essere relativi: esistono nei limiti e fintantoché sono utili. Il concetto stesso di utilità è, per il filosofo inglese, un concetto relativo, che muta con il mutare dei tempi e delle circostanze; l’utilità, cioè, è un fondamento contenutisticamente mutevole, anche se in sé è assoluto (ed oggetto di “credo”)<sup>43</sup>.

«Il linguaggio della ragione e del semplice buon senso» è quello che ruota attorno all’aggettivo “vantaggioso”; «nella misura in cui è *giusto* od *opportuno*, cioè vantaggioso per la società in questione, che questo o quel diritto – un diritto in questo o in quel senso – venga stabilito e conservato, è *male* abrogarlo; ma..., come non c’è *diritto* che non debba essere conservato fin tanto che la sua esistenza sia nel complesso vantaggiosa per la società, così non c’è diritto che non debba essere abrogato quando la sua abrogazione sia vantaggiosa alla so-

<sup>43</sup> Il principio di utilità, detto altrimenti, ha un contenuto relativo, ma in quanto principio-parametro presenta un carattere assoluto; in tal senso pare condivisibile la posizione di chi (M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico*, cit.) osserva come Bentham, da un lato sia positivista, ma, dall’altro, non appartenga al «relativismo etico..., in quanto prospetta un criterio oggettivo e assoluto» (p. 201) per valutare le leggi, il principio di utilità, per l’appunto, il quale non è oggetto di dimostrazione ed è «presentato come un principio dotato di un valore assoluto, come un principio oggettivamente valido in ogni tempo e in ogni luogo» (p. 198). Similmente, cfr. N. BOBBIO (*L’eredità*, cit., p. 137), laddove definisce il principio di utilità «un criterio obbiettivo per limitare, e quindi controllare, l’autorità»; M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico*, cit. (p. 203), il quale rileva come in un certo senso «il principio di utilità ha la funzione del diritto naturale» e che, se si intende per giusnaturalismo «la dottrina che ritiene esistente e conoscibile un criterio superiore, oggettivo e assoluto, di valutazione del diritto positivo, ... allora Bentham e senz’altro un giusnaturalista».



cietà. Per sapere se è di maggior vantaggio per la società che questo o quel diritto sia conservato oppure abrogato, occorre stabilire il momento in cui la questione della sua conservazione o abrogazione va proposta, e le circostanze in cui si proporrà di conservarlo o abolirlo; ...»<sup>44</sup>.

La presenza di un principio-fine (l'utilità), per quanto mutevole, conferisce comunque un certo valore alla categoria dei diritti<sup>45</sup>, proprio in quanto essi si presentano come strumento di attuazione dello scopo stesso. Viene cioè individuato un fondamento dei diritti (il principio di utilità), che giustifica e, in certo qual modo, "copre" e "dà valore" ai diritti stessi, o, meglio, più che ai singoli diritti, alla categoria dei diritti, in quanto si tratta di un fondamento che, proprio per la sua intrinseca natura, non permette – si potrebbe quasi dire, vieta – di dedurre nulla di stabile da sé (di individuare singoli diritti indefettibili)<sup>46</sup>. E, coerentemente, infatti, Bentham critica i singoli diritti<sup>47</sup> contemplati nella Dichiarazione, mostrando «*les contradictions internes des droits de l'homme*»<sup>48</sup>: il punto di partenza è comunque sempre la critica del carattere che si vuole attribuire a questi diritti, cioè la loro illimitatezza e indefettibilità; non si

<sup>44</sup> J. BENTHAM, *Il libro*, cit., pp. 124-125.

<sup>45</sup> ... oltre a costituire il loro criterio di identificazione.

<sup>46</sup> Il principio di utilità, in altre parole, funziona come un fondamento di tipo formale, il quale non predetermina il contenuto dei diritti; esso, infatti, è sì costituito da un valore (l'utilità), ma da un valore "aperto".

<sup>47</sup> Si ricorda, ad esempio, la critica al diritto di libertà imprescrittibile e illimitato contemplato all'art. 2 della Dichiarazione, in specie laddove l'Autore, dopo aver ricordato che «contro la coercizione che può essere esercitata da un individuo sopra un altro individuo, non c'è libertà che possa essere data all'uno se non nella misura in cui viene tolta ad un altro», osserva come «tutte le leggi che instaurano la libertà, sono, di fatto, leggi abrogative della libertà stessa» e che, in sostanza, quasi tutte le leggi «sono in contraddizione con questi diritti naturali e imprescrittibili» (J. BENTHAM, *Il libro*, cit., pp. 127-128).

<sup>48</sup> P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., p. 30.

critica invece, ad esempio, l'esistenza, in concreto, di spazi di libertà, ove questi siano "utili"<sup>49</sup>.

Sembrerebbe, quindi, che Bentham, da un lato, riconosca il valore dei diritti in genere in quanto possono essere "vantaggiosi" per la società<sup>50</sup>, e, dall'altro, riconosca, «seguendo l'ottica liberale», singoli diritti relativi, cioè l'esistenza di «settori della vita sociale che devono essere sottratti alla sfera delle prescrizioni e che costituiranno lo spazio della libertà»<sup>51</sup>, in conformità con il principio di utilità.

Si può quindi concludere nel senso che nemmeno la teoria di Bentham può essere ascritta fra le teorie che negano in radice ogni possibilità di individuare i diritti dell'uomo<sup>52</sup>, ma piuttosto fra quelle che rifiutano una configurazione dei diritti in termini assoluti e metapositivi e ne accolgono invece una in cui i diritti sono concepiti come relativi, positivi, storici, anche se non inscrivibili comunque in un orizzonte a-valutativo, in quanto visti come funzionali rispetto ad uno scopo, mutevole nelle sue implicazioni, ma di per sé strutturato e concepito come oggettivo.

<sup>49</sup> Cfr. A. M. REVEDIN (*Critica*, cit., p. 313), laddove afferma che «per ciò che concerne poi i diritti elencati dalla Dichiarazione, ... la critica di Bentham si rivolge, ... al metodo enunciativo lasciando intatta la sostanza ideologicamente liberale del suo pensiero».

<sup>50</sup> Come è stato ricordato, l'utilitarismo benthamiano mira non tanto alla felicità di un solo uomo, ma a «quella di tutti gli uomini, o meglio del maggior numero possibile di questi» (M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 200).

<sup>51</sup> A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 314; considera come «la concezione di Bentham sia sostanzialmente vicina ai quella dei diritti dell'uomo... anche per i risultati politici concreti a cui giunge», M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 215.

<sup>52</sup> M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico*, cit., spec. p. 191 e p. 215, ad esempio, sottolinea come Bentham combatta strenuamente la dottrina dei diritti dell'uomo, ma, nel contempo, presenti una sostanziale vicinanza con essa, sia per le conseguenze pratiche, sia per il riferimento ad una «teoria morale basata su valori oggettivi e assoluti».

Certo, di primo acchito la configurazione di diritti di tal qualità come diritti della persona umana appare – prendendo in prestito l'espressione utilizzata da Bentham nei confronti dei diritti naturali – un “*nonsense*” e, per così dire, “reazionaria”, contro i diritti, in quanto, in specie, suscettibile di menomare l'immagine di “forza” che emana dai diritti stessi. Ma ciò avviene perché inconsciamente, quando si discute di diritti della persona umana, si pensa alla loro coesistenza per la garanzia di un valore considerato supremo, quale la dignità dell'uomo, e si tenta di circondarli con un'aura di intoccabilità (collocandoli magari ad un livello, se non metafisico, di principio costituzionale). La difficoltà, in altre parole, ad accettare la tesi di Bentham come un fondamento dei diritti umani è la stessa che sorge ogni qualvolta il fondamento (anche se presupposto e di tipo assoluto) non conferisce ai diritti umani un carattere “intoccabile”, ma li situa nell'immaginario *continuum* sopra descritto all'estremità del “vedo” e li espone ai capricci di quello che una volontà umana incostante elabora, confrontandosi magari con un parametro, il quale però, come l'utilità, non pare strutturalmente idoneo a connotare oggettivamente (stabilmente nel tempo e nello spazio) le sue implicazioni<sup>53</sup>.

### III.3. *De Maistre: una visione reazionaria e teocratica*

Un cenno merita la posizione di Joseph De Maistre, in quanto è uno dei primi rappresentanti del filone di critiche ai diritti della Rivoluzione francese di matrice reazionaria<sup>54</sup>, di cui

<sup>53</sup> Ciò, peraltro, non deve indurre nemmeno a misconoscere la differenza fra tesi quali quelle benthamiane che, comunque sia, assumono un principio guida, e tesi basate sul solo fatto, di tipo realista, per le quali la volontà umana rileva solo in quanto dato “di fatto”; tali teorie possono essere giudicate più estremiste (reazionarie, nel senso prima indicato) della filosofia centrata sul “principio di utilità” di Bentham.

<sup>54</sup> In questo senso cfr., ad esempio, N. BOBBIO *L'eredità*, cit., p. 103 e p. 110; G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., pp. 57-58. La critica di de Maistre

sarà poi «principe»<sup>55</sup> Nietzsche, e un autorevole esponente di quella filosofia della restaurazione che annovera, tra i suoi seguaci, «tra i francesi, (n.d.r.: per l'appunto) De Maistre, De Bonald, Ballanche, e nella prima forma del suo pensiero, Lamennais; tra i tedeschi Haller, A. Muller, Gorres, Schlegel, Baader, Goschel e Jarke»<sup>56</sup>.

Secondo lo scrittore francese *«les droits du peuple proprement dit, partent assez souvent de la concession des souverains, et dans ce cas il peut en conster historiquement»*, invece *«les droits du souverain et de l'aristocratie, du moins les droits essentiels, constitutifs et radicaux, s'il est permis de s'exprimer ainsi, n'ont ni date ni auteurs»*<sup>57</sup>.

L'Autore sembra cioè distinguere tra i diritti essenziali del sovrano e dell'aristocrazia, che sono assoluti («non hanno né tempo né autori») e i diritti del popolo – potremmo dire della persona umana – che sono invece relativi (esistono storicamente in quanto derivano dalla concessione del sovrano).

La concessione stessa da parte del sovrano, peraltro, *«été précédées par un état de choses qui les nécessitoit et qui ne dépendoit pas de lui»*<sup>58</sup>: si ha quindi un ravvicinamento tra le due

è stata altrove (P. B. BINOCHÉ, *Critiques*, cit., p. 34) identificata soprattutto come *«providentialiste»*: senza negare la rilevanza di questo aspetto, pare più opportuno, comunque, identificarla innanzitutto come conservatrice, antirivoluzionaria e antilluministica.

<sup>55</sup> L'espressione è di N. BOBBIO *L'eredità*, cit., p. 103, che ricorda il brano di Nietzsche in cui l'Autore scrive: «La nostra ostilità alla Révolution non si riferisce alla farsa cruenta, all'immoralità con cui si svolse; ma alla sua moralità di branco, alle "verità" con cui sempre e ancora continua a operare, alla sua immagine contagiosa di "giustizia e libertà", con cui si accalappiano tutte le anime mediocri, al rovesciamento dell'autorità delle le classi superiori».

<sup>56</sup> G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., p. 56 (cfr. anche le note di p. 56, per una indicazione delle opere degli scrittori citati).

<sup>57</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France* (1796), présenté par J. Tular, Garnier, Paris, 1980, p. 62.

<sup>58</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations*, cit., p. 62.

categorie di diritti. I diritti (così come le costituzioni) dipendono dalle circostanze; il «numero di queste circostanze è infinito»<sup>59</sup>: esse convergono poi verso un ordine globale, ma quest'ordine non è progettato dagli individui (la cui azione è una semplice circostanza), bensì dovuto all'intervento creatore di Dio<sup>60</sup>. Il diritto è «assolutamente eteronomo»<sup>61</sup>, di origine divina: non c'è alcuno spazio per la ragione dell'uomo e, del resto, è rifiutata anche ogni idea positiva dell'uomo e della sua libertà. La natura umana è concepita come «irrimediabilmente volta al male e controllabile solo con la costrizione e con il castigo»<sup>62</sup>: non esistono l'innocente e il giusto («dov'è infatti l'innocenza, di grazia? dov'è il giusto? ... è impossibile conoscere il numero delle nostre trasgressioni...»)<sup>63</sup> e l'intera umanità si regge sul castigo e sulla pena («il castigo governa l'umanità intera; il castigo la custodisce; ... è il timore della pena che permette all'universo di godere della felicità che gli è destinata»)<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Così l'Autore afferma a proposito della costituzione (J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques* (1814), trad. it. *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane*, Milano, 1975, p. 42).

<sup>60</sup> Gli elementi si dispongono in «bell'ordine» «senza che, tra quella folla innumerevole di uomini che hanno operato..., uno solo abbia mai saputo quello che faceva in rapporto al tutto né abbia mai previsto ciò che doveva accadere»: «questi elementi erano guidati nella loro caduta da una mano infallibile superiore all'uomo...» (J. DE MAISTRE, *Saggio sul principio generatore*, cit., p. 43).

Il riferimento a Dio – come osserva M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., p. 246 – «non è solo una metafora di quella che oggi chiameremmo «complessità», un modo per esprimere la limitatezza della ragione», ma intende rinviare specificamente all'obbligo politico come concepito nella teologia cristiana.

<sup>61</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., p. 247.

<sup>62</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., p. 246.

<sup>63</sup> J. DE MAISTRE, *Les soirées de Saint-Petersbourg, ou Entrétiens sur le gouvernement temporel de la Providence* (postuma, 1821), trad. it. *Le serate di Pietroburgo*, Rusconi, Milano, 1986, p. 175.

<sup>64</sup> J. DE MAISTRE, *Les soirées*, cit., p. 31.

Dunque, una visione classista e conservatrice dei diritti (innanzitutto vi sono i diritti del sovrano e dell'aristocrazia e, inoltre, è attraverso tali soggetti che Dio "parla"<sup>65</sup>), iscritta entro una concezione teologica assoluta, che rende in sostanza imperscrutabile per l'uomo la conoscenza e la comprensione dei diritti; i diritti possono essere considerati un elemento costitutivo di quell'ordine divino che tutto governa, l'uomo li viene a conoscere – parrebbe di poter dire – come circostanza storica e non è in grado di influire sulla loro determinazione (la prospettiva è anti-costruttivista).

Infine, De Maistre teorizza anche l'impossibilità dell'esistenza di diritti e costituzioni validi per tutti («*mais une constitution qui est faite pour toutes les nations, n'est faite pour aucune: c'est une pure abstraction; une oeuvre scolastique...*»<sup>66</sup>) e, più in generale, l'impossibilità dell'esistenza stessa dell'«uomo»: «*or, il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Francais, des Italiens, des Russes, etc.; je sais même, graces a Montesquieu qu'on peut etre Persan: mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie; s'il existe, c'est bien à mon insu*»<sup>67</sup>. Viene cioè rifiutata ogni concezione legata all'immagine di una persona umana astratta ed universale.

#### III.4. Romanticismo, storicismo e positivismo. Cenni e rinvio.

Il «rifiuto delle formulazioni generali e astratte» e il «rifiuto della cultura universalistica dell'umanità»<sup>68</sup>, con il conseguente rifiuto dei principi e dei diritti universali (quali concepiti dalla Rivoluzione francese e dall'Illuminismo), non è un

<sup>65</sup> Cfr. P. B. BINOCHÉ, *Critiques*, cit., p. 43.

<sup>66</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations*, cit., p. 65.

<sup>67</sup> J. DE MAISTRE, *Considérations*, cit., pp. 64-65.

<sup>68</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 74.

episodio isolato, ma è proprio, in generale, del romanticismo e, in particolare, dello storicismo.

Quanto al romanticismo è con esso che «sorge e trionfa», nella rivendicazione dei «diritti della fantasia e del sentimento», che «ispirano ciascuno in modo diverso», «l'idea di nazione»<sup>69</sup>. Trionfano, cioè, la fantasia e il sentimento sulla ragione, «ciò che v'è di più particolare e differenziato da uomo a uomo contro ciò che deve essere valido per tutti gli uomini» e, quindi, «contro le tendenze cosmopolitiche, universalizzanti, tendenti a dettar leggi astratte, valide per tutti i popoli», la «nazione», il «senso della singolarità di ogni popolo», il «rispetto per le sue proprie tradizioni»<sup>70</sup>.

In questo filone si possono ricordare, ad esempio, le teorie di Moser o di Herder<sup>71</sup>: «la nazione più ignorante, più ricca di pregiudizi, è spesso la prima: l'epoca delle immigrazioni, di desideri stranieri, dei viaggi di speranze all'estero è già malattia, pienezza d'aria, gonfiezza malsana, presentimento della morte», «ogni nazione ha le sue ricchezze e proprietà dello spirito,

<sup>69</sup> F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari, Laterza, IX ed., 1997, pp. 17-18.

<sup>70</sup> F. CHABOD, *L'idea di nazione*, cit., pp. 17-18.

<sup>71</sup> Sulla ricostruzione del concetto di nazione in entrambi gli Autori, e anche per il riferimento ad altri Autori, si rimanda a F. CHABOD, *L'idea di nazione*, cit., pp. 43 ss.; vedi anche, più brevemente, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., pp. 74-75 e P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., p. 74. Per un approfondimento del concetto di nazione, cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, recentemente, N. MERKER, *Il sangue e la terra. Due secoli di idee sulla nazione*, Editori Riuniti, Roma, 2001; F. TUCCARI, *La nazione*, Laterza, Roma-Bari, 2000; M. COSSUTTA, *Stato e nazione. Un'interpretazione giuridico-politica*, Giuffrè, Milano, 1999; E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1997; M. ALBERTINI, *Lo Stato nazionale*, il Mulino, Bologna, 1997; G. F. FERRARI, *Nazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1997; L. LEVI, *Lettere su stato nazionale e nazionalismo*, Celid, Torino, 1995; R. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, trad. it. *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, il Mulino, Bologna, 1997.

del carattere, come del paese»<sup>72</sup> e deve rivendicarle e preserverle, così come deve rivendicare, contro la legge scritta, il valore dei costumi e delle consuetudini del popolo<sup>73</sup>.

Quanto allo storicismo<sup>74</sup>, è stato osservato<sup>75</sup> come «la reazione contro i principi della rivoluzione francese ebbe invero parte non secondaria nel determinare la nuova scuola storica del diritto, ... con orientazione realista e relativista». I diritti – e, più in generale, il diritto – sono quelli rivelati dall’esperienza, cioè coincidenti con la realtà, con il dato positivo; non esistono diritti propri dell’essere umano deducibili in via razionale e universali, perché «ogni popolo ha il suo diritto»<sup>76</sup>, che nasce dallo spirito comune del popolo stesso<sup>77</sup>.

Posizione simile a quella sostenuta dalla scuola storica del diritto, da un punto di vista meno giuridico e più filosofico, è espressa anche da Hegel, per il quale «libertà ed eguaglianza sono così poco per natura che sono, anzi, “un prodotto e un risultato della coscienza storica” e sino a che vengono mantenute nella forma dell’astrattezza “sono proprio esse che non lasciano sorgere o distruggono la concretezza, vale a dire l’organizzazione dello stato, una costituzione e un governo in genere”»<sup>78</sup>. Hegel non rifiuta i principi della rivoluzione francese, in quanto tappa nello «sviluppo dell’idea della libertà», ma

<sup>72</sup> J. G. HERDER, citato da F. CHABOD, *L'idea di nazione*, cit., pp. 48-49.

<sup>73</sup> Cfr. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, cit., p. 49, che ricorda tra l’altro come questo sia «lo stesso spirito che ispirerà all’inglese Burke le sue critiche alla Rivoluzione francese».

<sup>74</sup> Per un interessante approfondimento del rapporto tra diritto naturale e correnti storicistiche cfr. L. STRAUSS, *Diritto naturale*, cit. (in particolare il capitolo I), che critica le seconde e afferma la sua preferenza per il diritto naturale, specie nella sua forma classica.

<sup>75</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., p. 57.

<sup>76</sup> N. BOBBIO, *L'eredità*, cit., p. 137.

<sup>77</sup> Vedi in proposito la posizione di F. K. von Savigny (su cui cfr. P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., pp. 75-82).

<sup>78</sup> N. BOBBIO, *L'eredità*, cit., p. 137.



la sua «idea di uno sviluppo dialettico della giustizia attraverso le condizioni storicamente determinate» si oppone «nello spirito del sistema, all'ammissione di un ordine di diritti validi universalmente *a priori*, cioè fuori d'ogni positività e d'ogni divenire»<sup>79</sup>.

Nessuna delle teorie ora ricordate, spesso annoverate fra quelle «*critiques des droits de l'homme*»<sup>80</sup>, sembra in verità rifiutare i diritti della persona umana in sé e per sé, ma semplicemente ne respinge una visione assoluta, astratta e universalizzante; più correttamente, quindi, ripetendo quanto già detto a proposito di altre teorie tacciate come “scettiche” nei confronti dei diritti dell'uomo, potrebbero, ad esempio, essere poste nell'orizzonte del “vedo”, fra le teorie che concepiscono e fondano i diritti in senso storico e relativo.

Nella stessa ottica – negazione, non del concetto dei diritti della persona umana, ma dei diritti dell'uomo concepiti in senso assoluto, astratto e universale, e iscrizione in una prospettiva relativa e storica (di “vedo”) – si può situare il vasto movimento, che nasce nella prima metà dell'Ottocento<sup>81</sup>, che va sotto il nome di «positivismo». Fiumi di inchiostro sono stati versati sul rapporto fra diritto naturale e diritto positivo, fra i diritti del giunaturalista e quelli del positivista; senza qui pretendere di ricostruire il dibattito, si possono comunque ricordare perlomeno due aspetti: da un lato, il fatto che essi rappresentano

<sup>79</sup> G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione*, cit., p. 58. Vedi anche P. B. BINOCHÉ, *Critiques*, cit., pp. 82-96, secondo il quale «*l'on conclura: primo, que les droits de l'individu ne sont pas fondateurs mais fondés, d'abord dans ceux de l'Etat, ensuite dans ceux de l'Esprit du monde; secundo, que leur identification au devoir, par la médiation d'une liberté qui ne doit rien à celle des droits de l'homme, est la réconciliation spéculative... des forces contrerévolutionnaires et révolutionnaires*» (p. 96).

<sup>80</sup> In questo senso, ad esempio, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit.; P. B. BINOCHÉ, *Critiques*, cit.

<sup>81</sup> Cfr., in questo primo periodo, soprattutto la posizione di A. Comte (su cui si sofferma P. B. BINOCHÉ, *Critiques*, cit., pp. 63-73).

due sottoinsiemi<sup>82</sup> (con contenuti e strutture differenti) all'interno dell'insieme dei diritti della persona umana (concepito come minimo comun denominatore formale), dall'altro, la considerazione che il rapporto fra loro non necessariamente deve essere costruito come una opposizione, ma può essere immaginato come complementare<sup>83</sup>. In sostanza, diritti naturali e diritti positivi sono due modalità di espressione concreta dei "diritti della persona umana" e, ancora una volta, solo se si traduce "diritti dell'uomo" con "diritti naturali", i diritti dei positivisti non sono "diritti della persona umana"<sup>84</sup>.

### III.5. *Il pensiero marxista*

Una critica ricorrente ai diritti dell'uomo, dall'Ottocento fino ai giorni nostri, è poi quella di matrice marxista. Secondo la fantasiosa ricostruzione di Steven Lukes, a Proletaria, che è «una società comunista autenticamente umana»<sup>85</sup>, i diritti umani vengono rifiutati, da un lato, perché «occuparsi dei diritti tendeva a fiaccare gli animi proprio nel vivo della lotta di classe», dall'altro, perché si tratta di diritti «anacronistici poi-

<sup>82</sup> Si sottolinea il termine "sottoinsieme", in quanto non esiste un giusnaturalismo o un positivismo, ma giusnaturalismi e positivismi.

<sup>83</sup> Per un approfondimento, cfr. *supra*, parte I, cap. II, spec. par. II.2.1.

<sup>84</sup> Sul positivismo, per un primo approfondimento, si rinvia a quanto osservato in parte I, cap. II, e, in particolar modo, al pensiero di Kelsen, alla sua impostazione relativistica e alla sua contrarietà alla teoria del diritto naturale (in specifico, sulla posizione di Kelsen nei confronti del diritto naturale, cfr. H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, cit.; ID., *Diritto naturale senza fondamento*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 116 ss.).

<sup>85</sup> S. LUKES, *Cinque favole sui diritti umani*, in S. Shute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani*, cit., p. 37. Dello stesso Autore vedi anche il saggio *Can a Marxist Believe in Human Rights?* (in ID, *Moral Conflict and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 173 ss.), dove egli «conclude that a Marxist cannot... believe in human rights» (p. 188).

ché aveva senso parlare di una loro effettiva necessità solo in riferimento all'epoca preistorica, nella quale gli individui avevano bisogno di essere protetti dai soprusi e dai pericoli che erano il prodotto di un mondo imperfetto, conflittuale e classista»<sup>86</sup>.

Ciò che dei diritti dell'uomo viene criticato da parte del marxismo teorico, sin da Marx stesso, è il loro individualismo, il loro essere strettamente legati agli interessi di una determinata classe sociale: la borghesia<sup>87</sup>. Una tal critica peraltro sconta il fatto che i diritti della persona umana considerati da Marx sono «i diritti dell'uomo nella loro figura autentica», cioè «nella figura che possiedono presso i loro *scopritori*, i nordamericani e i francesi»<sup>88</sup>; ovverosia sconta una certa tendenza a scambiare la «questione di fatto», cioè «l'occasione storica da cui la richiesta di quei diritti era nata, che era certamente la lotta del

<sup>86</sup> S. LUKES, *Cinque favole*, cit., p. 40.

<sup>87</sup> In quest'ottica si può ricordare anche la «famosa critica marxiana alla doppiezza delle costituzioni liberali» (A. DI GIOVINE, *I confini della libertà*, cit., p. 92): «ogni articolo della Costituzione ha in sé la propria antitesi, la sua camera alta e la sua camera bassa; la frase principale afferma la libertà, il commento addizionale la sopprime» (K. MARX, *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte*, citato da A. DI GIOVINE, *I confini*, cit., p. 93), per tutelare, in ogni caso, gli interessi della borghesia, impedendo, quando necessario, l'utilizzo della libertà da parte di classi ad essa antagoniste.

Sulla «funzione ideologica che agli occhi di Marx i diritti umani rivestono», cfr. A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 335, il quale specifica, in sintesi, come «Marx concepiva l'aspetto ideologico dei diritti umani sia come una deformazione idealista, lo svincolare tali idee dalla realtà, sia come una deformazione di carattere dogmatico, il presentare le idee di libertà ed eguaglianza come idee universali ed eterne» (p. 336).

<sup>88</sup> K. MARX, *Zur Judenfrage* (1843), trad. it. *Sulla questione ebraica*, in *La questione ebraica*, Editori Riuniti, Roma, 1991, p. 26. Per un commento a tale testo, oltre gli Autori citati *infra* nelle note, cfr. B. ROMANO, *Emancipazione e violenza. A proposito dei diritti dell'uomo nella Judenfrage di Marx*, in *Riv. internaz. filosof. diritto*, 1982, pp. 595 ss.; P. B. BINOCHE, *Critiques*, cit., pp. 101 ss.; M. ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Universidad de Palma de Mallorca, 1982.

terzo stato contro l'aristocrazia», con la «questione di principio»<sup>89</sup> e, quindi, a rifiutare, attraverso il rifiuto dei diritti delle Dichiarazioni di fine Settecento, la categoria dei diritti della persona umana in sé e per sé.

Per comprendere meglio la posizione marxista sui diritti umani è comunque necessario tener presente la distinzione – operata da Marx nello scritto *Sulla questione ebraica* (1843) – tra uomo e cittadino<sup>90</sup>, tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino.

«Chi è l'*homme* distinto dal *citoyen*? Nient'altro che il *membro della società civile*... Innanzi tutto constatiamo<sup>91</sup> il fatto che i cosiddetti *diritti dell'uomo*, i *droits de l'homme*, come distinti dai *droits du citoyen* non sono altro che i diritti del *membro della società civile*, cioè dell'uomo egoista, dell'uomo separato dall'uomo e dalla comunità»<sup>92</sup>.

Dunque, il diritto alla libertà è «il diritto di fare ed esercitare tutto ciò che non nuoce ad altri... si tratta della libertà dell'uomo in quanto monade isolata e ripiegata su se stessa... si basa non sul legame dell'uomo con l'uomo, ma piuttosto sull'isolamento dell'uomo dall'uomo. Esso è il *diritto* a tale isolamento, il diritto dell'individuo *limitato*, limitato a se stesso»<sup>93</sup>. Un

<sup>89</sup> N. BOBBIO, *La Rivoluzione Francese*, cit., p. 113, che definisce «funeste» le conseguenze di una tale interpretazione.

<sup>90</sup> Tale distinzione viene ripresa da Rousseau, che, peraltro, la pone in termini ancora più radicali di Marx (che come vedremo lascia invece intravedere la possibilità di una sua qual composizione); sul rapporto Marx-Rousseau in relazione al tema specifico, cfr. F. GENTILE, *I diritti dell'uomo nella critica marxiana dell'emancipazione politica*, in *Riv. internaz. filosof. diritto*, 1981, pp. 582-583; A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 332-333.

<sup>91</sup> È stato notato come la distinzione *homme-citoyen* e l'identificazione del primo con il «membro della società civile», cioè con il *bourgeois*, sia posta da Marx come assunto (da non dimostrare) su cui poi si sviluppa il resto del ragionamento (A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 320).

<sup>92</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 28.

<sup>93</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 29.

altro fondamentale diritto dell'uomo: l'*égalité*, «non è altro che l'uguaglianza della *liberté* sopra descritta, e cioè: che ogni uomo viene ugualmente considerato come una siffatta monade che riposa su se stessa»<sup>94</sup>. E così via: «nessuno dei cosiddetti diritti dell'uomo oltrepassa... l'uomo egoista, l'uomo in quanto è membro della società civile, cioè l'individuo ripiegato su se stesso, sul suo interesse privato e sul suo arbitrio privato, e isolato dalla comunità»<sup>95</sup>.

Il *citoyen* diviene «servo dell'homme egoista», cioè «la qualità del cittadino, di *membro della comunità politica*» diviene «mero *mezzo* per la conservazione di questi cosiddetti diritti dell'uomo»: «non l'uomo come *citoyen*, bensì l'uomo come *bourgeois* viene preso per l'uomo *vero e proprio*»<sup>96</sup>.

Tale «uomo vero e proprio», uomo in quanto membro della società civile cioè uomo egoistico, appare «come l'uomo naturale», «poiché egli è l'uomo nella sua *immediata* esistenza sensibile individuale, mentre l'uomo *politico* (nd.r.: l'uomo come *citoyen*) è soltanto l'uomo astratto, artificiale, l'uomo come persona *allegorica, morale*» (e, di conseguenza, i «*droits de l'homme* appaiono come *droits naturels*», al di fuori della «*attività autoscosciente*», che «si concentra nell'*atto politico*») <sup>97</sup>.

Da una tale concezione dell'uomo titolare dei diritti umani naturali come uomo reale che «è riconosciuto solo nella figura dell'uomo egoista» discende il rifiuto dei diritti dell'uomo<sup>98</sup>; ancora una volta – come è stato notato – «la critica dei diritti umani rappresenta la critica di una particolare concezione dell'uomo, quella liberale...»<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 30.

<sup>95</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 31.

<sup>96</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 32.

<sup>97</sup> Citazioni tratte da K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 36.

<sup>98</sup> Da sottolineare è anche il disvalore con cui viene concepito il termine «natura» (cfr. A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 324 e p. 330).

<sup>99</sup> A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., p. 323.

Forse però i diritti dell'uomo possono essere intesi con valenza positiva se – e soltanto quando – «l'uomo reale, individuale, riassume in sé il cittadino astratto, e come uomo individuale nella sua vita empirica, nel suo lavoro individuale, nei suoi rapporti individuali è divenuto *ente generico*»; infatti, «soltanto quando l'uomo ha riconosciuto e organizzato le sue “forces propres” come forze *sociali*, e perciò non separa più da sé la forza sociale nella figura della forza *politica*, soltanto allora l'emancipazione umana è compiuta»<sup>100</sup>.

Quando l'uomo, cioè, «non rappresenta più l'individuo egoista, ma l'individuo socialista che... ha trasformato le sue *forces propres* in energie politiche e sociali», quando la libertà viene concepita come libertà «socializzata» e «i propri simili non costituiscono più, come nei termini egoistici dei *droits de l'homme*, limitazioni alla libertà di ognuno, ma rappresentano la realizzazione comune della libertà», allora – come conclude Bloch – «tutti gli uomini vivranno insieme nella comunità della libertà»<sup>101</sup>.

La negazione dei diritti dell'uomo, strettamente legata alla negazione dell'individualismo, può venir superata con l'emancipazione sociale dell'uomo<sup>102</sup>: si supera così una particolare

<sup>100</sup> K. MARX, *Sulla questione*, cit., p. 37. Marx, comunque, appare sempre molto restio ad annettere ai diritti un ruolo nell'emancipazione: cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3. *La civiltà liberale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, il quale sottolinea come per Marx «non sono la democratizzazione dello Stato e l'estensione dei diritti il tramite dell'emancipazione» (p. 280), «lungi dall'essere un veicolo della trasformazione, i diritti non possono librarsi al di sopra dello sviluppo economico-sociale, di cui sono un'espressione fedele» (p. 279).

<sup>101</sup> Citazioni tratte da E. BLOCH, *L'uomo e il cittadino secondo Marx*, in E. FROMM, *Socialist Humanism* (1965), trad. it. *L'umanesimo socialista*, Rizzoli, Milano, 1981, pp. (in ordine di citazione) 252, 250 e 254.

<sup>102</sup> In proposito vedi però, in senso differente, chi – F. GENTILE, *I diritti dell'uomo*, cit., spec. p. 586 – nell'emancipazione proposta da Marx («l'uomo reale, individuale» che «riassume in sé il cittadino astratto») segnala il mancato abbandono del «presupposto individualistico della scienza politica moderna»,

concezione dei diritti dell'uomo, ma non i diritti della persona umana in sé.

Anzi, proprio l'evoluzione dei diritti della persona umana, l'inclusione tra essi del principio di uguaglianza sostanziale, dei cosiddetti diritti sociali, cioè l'estensione dei diritti umani dalla sfera individuale a quella sociale ed economica, può aprire le porte ad un riavvicinamento tra l'ideologia marxista ed i diritti umani<sup>103</sup>.

il che apre la via ad «una società nella quale... sarebbe esclusa ogni forma di rapporto tra gli individui, esclusa la stessa mediazione economica tra il produrre e il consumare», con tutte le questioni che ne derivano.

<sup>103</sup> Si può forse, cioè, ritenere superata l'obiezione di Marx (quale rileva da M. Atienza, citato da A. M. REVEDIN, *Critica*, cit., pp. 335-336), in relazione al fatto che «i diritti dell'uomo svolgano la funzione di mascherare lo sfruttamento capitalista», perché «sono invocati solo sul piano "superficiale" della circolazione e non su quello "più occulto" della produzione». Vedi però anche, sulla questione, le considerazioni di chi osserva (E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 60-61) come «il punto di dissenso fra concezione capitalista e socialista dei diritti dell'uomo risiede... in profondità»: «nella pretesa della filosofia politica occidentale... di determinare la natura dell'uomo in modo generale, astraendola da tutti i condizionamenti empirici, storici, sociali e politici», mentre «la concezione socialista del diritto e dei diritti dell'uomo» considera «ogni diritto obiettivo o soggettivo... espressione di una determinata situazione storica di conflitto fra le classi, che obbedisce a determinate leggi economico-sociali»; a tali affermazioni, peraltro, si può opporre che i diritti sociali ed economici – la cui introduzione muta la situazione, come rileva anche l'Autore citato – possono fornire la chiave per connettere persona umana astratta e concreta situazione economico-sociale.

Indicazioni per un «accostamento» fra «gli ideali politici marxiani» e «una concezione dell'individuo propria degli economisti liberali» vengono individuate da S. SHUTE, S. HURLEY, *Introduzione*, in ID., *I diritti umani*, cit., p. 28, nel pensiero di Jon Elster: «l'idea che i diritti umani siano il derivato di un modello individualistico di interpretazione del mondo sarebbe più accettabile per un marxista se, suggerisce Elster, anche il marxismo potesse essere letto, almeno a determinati livelli, come una versione dell'umanesimo individualistico».

Marx ha negato i diritti umani perché non ha saputo trascendere le condizioni storiche in cui sono nate le dichiarazioni dei diritti e cogliere l'universalità insita in rivendicazioni che pur in quel momento giovavano soprattutto alla classe borghese<sup>104</sup>. La successiva tradizione marxista, dal canto suo, è restia a comprendere appieno le potenzialità sviluppatesi da quell'originario nucleo di diritti verso una compenetrazione dei concetti e dei sostrati sottesi alle due figure di *homme* e *citoyen*.

### III. 6. *Croce, i diritti come «fatti storici»; Bobbio, l'illusione del fondamento assoluto*

Una critica ai diritti dell'uomo sulla base della considerazione che essi sono «manifestazioni di bisogni di determinate epoche e preparazione a cercare di soddisfarle», è mossa anche, in altra prospettiva (liberale), da Benedetto Croce<sup>105</sup>. Le osservazioni di Croce – racchiuse peraltro in poche righe – non nascono dalla condanna dei diritti in quanto funzionali ad un particolare tipo di uomo (appartenente, ad esempio, ad una data classe sociale), ma dalla constatazione che i diritti «non sono ... esigenze eterne, ma fatti storici»<sup>106</sup>. L'Autore, in particolare, insiste sull'impossibilità di una fondazione teoretica dei

<sup>104</sup> Così N. BOBBIO, *L'eredità*, cit., p. 136; similmente G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 76 («il nucleo dell'errore di Marx è il suo legame con il modello storico dei diritti dell'uomo, che considera come l'unico possibile, la sua inettitudine a comprendere il senso capace di trasformare il concetto e il suo dinamismo, attraverso il quale i diritti sono sfuggiti alla dipendenza della classe borghese che li ha creati»).

<sup>105</sup> La posizione di Benedetto Croce sul tema dei diritti dell'uomo è espressa in una breve risposta ad una consultazione dell'Unesco, nel 1947, sui problemi teorici relativi alla redazione di una Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; le citazioni riportate nel testo vengono riprese da tale intervento di Croce, come ricordato da F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 190.

<sup>106</sup> B. CROCE, come citato in F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 190.



diritti, mettendo in luce soprattutto l'insostenibilità della teoria del diritto naturale: il diritto naturale e i diritti naturali non esistono<sup>107</sup>.

I diritti sono tutt'al più diritti dell'uomo storico, cioè la risposta a bisogni che gli uomini manifestano in una determinata epoca (e, pare di poter aggiungere, in uno specifico luogo). Ma ciò non significa forse, di nuovo, che si nega una concezione astratta di diritti della persona umana, ma non la possibilità della loro esistenza, se pur contestualizzata e, dunque, non in principio presupposta e immutabile? I diritti esistono in quanto corrispondono ad un bisogno storico dell'uomo (sono relativi) ed esistono, sembra – ma il ragionamento, molto breve, di Croce in proposito non consente di approfondire la questione<sup>108</sup> – come un semplice “fatto”, cioè non rappresentano la necessaria implicazione di un bisogno, che sempre esiste, se pur in modo differente. In altre parole, in alcune circostanze, particolari bisogni possono dar luogo a determinati diritti, in diverse circostanze, generare diritti differenti e, infine, in altre ipotesi, non trovare risposta nella proclamazione di diritti. Allora, si potrebbe forse concludere che i diritti della persona umana sono per Croce un fatto storico, relativo e occasionale,

<sup>107</sup> Ricorda, ad esempio, la posizione anti-naturalista dello storicista Croce, A. HELLER, *Oltre la giustizia*, il Mulino, Bologna, 1990: «per dirla ancora una volta con Croce, il problema del diritto naturale e dei diritti naturali è che essi non esistono e non sono mai esistiti, anche se ricorriamo ad essi come se ci fossero e ci fossero sempre stati» (p. 199). L'Autrice, in specie, si sofferma sulla possibilità di abbandonare l'«espediente della teoria del diritto naturale» per quanto concerne la questione dell'invalidazione delle «norme-e-regole», la quale è sempre avvenuta, «in tutte le storie umane», «dal punto di vista dei valori di libertà e di vita», che sono stati universalizzati e generalizzati, attraverso una procedura che è «*empiricamente universale*» (*ibidem*): una procedura – si può azzardare – vicina a quella “scelta” come fondamento dei diritti?

<sup>108</sup> Anche se può essere d'aiuto la considerazione della sua impostazione generale, in specie del concetto di storia, ovvero della sua posizione di storicismo di tipo assoluto, di concezione della storia come conoscenza del reale.

con tutte le cautele, però – si ripete – dovute all'estrema sintesi della sua, pur incisiva, posizione sul tema.

L'interpretazione del pensiero di Croce sui diritti dell'uomo, tuttavia, potrebbe anche assumere connotazioni differenti se si tenta di inserirla nel contesto della sua teoria, in particolare filosofico-politica, in ordine alla "religione della libertà"<sup>109</sup>, che potrebbe rappresentare quantomeno una cornice (se non una guida o un parametro)<sup>110</sup> nell'esistenza dei diritti quali «fatti storici». Il Croce storicista, detto altrimenti, è anche quello che difende la libertà (una libertà) contro il fascismo.

Una posizione scettica sulla possibilità di individuare un fondamento assoluto dei diritti della persona umana e, conseguentemente, dei diritti assoluti, è espressa molto chiaramente da Norberto Bobbio: «ogni ricerca del fondamento assoluto è ... infondata», essa non è null'altro che una «illusione»<sup>111</sup>.

L'Autore, in particolare, in un passo ormai famoso, evidenzia quattro difficoltà nella ricerca del fondamento (assoluto) dei diritti dell'uomo; «la prima difficoltà deriva dalla considerazione che «diritti dell'uomo» è un'espressione molto vaga»: se non è possibile dare una nozione precisa dei diritti, come è possibile – si domanda Bobbio – «porre il problema del fondamento»?<sup>112</sup>

«In secondo luogo, i diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile»: «ciò che sembra fondamentale in un'epoca storica e in una determinata civiltà, non è fondamentale in altre epoche e in altre culture», il che «prova che non vi sono diritti per loro natura fondamentali» e, di conseguenza, «non si vede

<sup>109</sup> Cfr., ad esempio, B. CROCE, *La religione della libertà. Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Cotroneo, SugarCo Edizioni, Milano, 1986.

<sup>110</sup> Anche se, indubbiamente, di tipo "aperto".

<sup>111</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 7. La posizione di Bobbio è stata a questo proposito considerata una «riproposizione» del «"relativismo filosofico" kelseniano» (R. GATTI, *Democrazia in transizione*, cit., p. 119).

<sup>112</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., pp. 8-9.

come si possa dare un fondamento assoluto di diritti storicamente relativi»<sup>113</sup>.

«La classe dei diritti dell'uomo», inoltre – prosegue l'Autore, indicando la terza difficoltà – «è anche eterogenea»: «tra i diritti ... vi sono pretese molto diverse tra loro e, quel che è peggio, anche incompatibili»<sup>114</sup>. La presenza di diritti che possiedono efficacia diversa induce a ritenere che essi «non possono avere lo stesso fondamento» e la considerazione che esistono diritti «fondamentali, sì, ma assoggettabili a restrizioni» porta ad affermare che essi «non possono avere un fondamento assoluto», perché quest'ultimo «non permetterebbe di dare una valida giustificazione alla restrizione»<sup>115</sup>.

Infine, aggiunge Bobbio, non solo può verificarsi un contrasto tra i diritti fondamentali di due categorie di soggetti, ma si può avere un contrasto ancora più pericoloso per la ricerca del fondamento assoluto: l'«antinomia fra i diritti invocati dagli stessi soggetti», ovvero il fatto che «l'attuazione integrale degli uni impedisce l'attuazione integrale degli altri»<sup>116</sup>. Ciò avviene in specie quando «ai tradizionali diritti individuali che consistono in *libertà*» si aggiungono «i cosiddetti diritti sociali che consistono in *poteri*»: «più aumentano i poteri dei singoli, più diminuiscono, degli stessi singoli, le libertà»<sup>117</sup>. Ora – conclude l'Autore – «due diritti fondamentali ma antinomici non possono avere, gli uni e gli altri, un fondamento assoluto, un fondamento cioè che renda un diritto e il suo opposto, entrambi, inconfutabili e irresistibili»<sup>118</sup>.

In quest'ultimo senso, anzi, il fondamento assoluto non solo appare un'illusione e infondato, ma diviene «anche un pre-

<sup>113</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., pp. 9-10.

<sup>114</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 11.

<sup>115</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 12.

<sup>116</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 13.

<sup>117</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 13.

<sup>118</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 13.

testo per difendere posizioni conservatrici», come è avvenuto con la difesa giusnaturalistica del diritto assoluto di proprietà nei confronti del «progresso della legislazione sociale»<sup>119</sup>.

Il fondamento assoluto, infine, oltre ad essere infondato e, in certi casi, di ostacolo allo sviluppo dei diritti, appare anche inutile rispetto ad un più efficace riconoscimento ed attuazione dei diritti dell'uomo, essendo una illusione anche quel «dogma del razionalismo etico» che non solo ritiene i valori ultimi dimostrabili come teoremi, ma afferma la sufficienza di tale dimostrazione, cioè di averli «resi in un certo senso inconfutabili e irresistibili», per assicurare la loro attuazione<sup>120</sup>. La considerazione che «la dimostrata razionalità di un valore è condizione non solo necessaria ma sufficiente della sua attuazione» è smentita «dall'esperienza storica»: i diritti dell'uomo, infatti, non erano più rispettati nell'età in cui si assumeva un fondamento assoluto ed è nell'epoca della crisi dei fondamenti che la maggior parte dei governi hanno sottoscritto una Dichiarazione universale dei diritti<sup>121</sup>.

Il problema, allora – conclude Bobbio –, visto che si è verificato un accordo su una dichiarazione comune, non è di cercarne le ragioni, «ma di porre le condizioni per una più ampia e scrupolosa attuazione dei diritti proclamati»<sup>122</sup>. In sintesi, trovare un fondamento assoluto è «impresa sublime, ma disperata», la ricerca di volta in volta dei «*vari fondamenti possibili*» è «impresa legittima» e non necessariamente destinata all'insuccesso, ma non può avere alcuna «importanza storica» se non sarà accompagnata da uno studio teso alla ricerca delle condizioni e dei mezzi atti a garantire la realizzazione dei diritti<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 14.

<sup>120</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 14.

<sup>121</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., pp. 14-15.

<sup>122</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 15.

<sup>123</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento*, cit., p. 16.

Lo scettico<sup>124</sup> dei diritti dell'uomo esprime un atteggiamento certamente non negativo nei confronti dei diritti della persona umana, semplicemente manifesta la convinzione, argomentata l'insussistenza di un fondamento assoluto e data la relatività e la storicità dei fondamenti, che la ricerca del fondamento non sia il «problema di fondo» dei diritti dell'uomo. Bobbio non rifiuta, dunque, i diritti della persona umana; altro discorso è poi quello se il disinteresse per il fondamento non influisca proprio su quella realizzazione dei diritti considerata l'aspetto fondamentale, ovvero la questione – cui si è già accennato – se il semplice accordo pratico sia in grado di fornire la massima garanzia all'effettività dei diritti<sup>125</sup>. Ed altre questioni, infine, sono quella relativa alla possibilità di «separare *attuazione* da *giustificazione*», considerato che «in assenza di una giustificazione razionale, viene a mancare non un motivo qualsiasi, ma *il* motivo fondamentale per la tutela e la promozione dei diritti umani», nonché la questione concernente la difficoltà a risolvere i casi di conflitto fra i diritti, se manca un criterio per argomentare la soluzione in un senso o in un altro<sup>126</sup>. Obiezione, quest'ultima, peraltro, alla quale, in prima battuta, si potrebbe rispondere che Bobbio non “si interessa” alla ricerca del fondamento, ma non nega la possibilità di configurarne uno relativo ed anche un fondamento relativo, come il diritto positivo, ad esempio, è in grado di fornire le ragioni per l'implementazio-

<sup>124</sup> Più precisamente Bobbio è stato considerato esponente del «positivismo avalutativo», che «tende a mettere, per così dire, tra parentesi ed a trascurare del tutto» il problema del fondamento dei diritti dell'uomo (D. NOCILLA, *Introduzione*, cit., p. LXV).

<sup>125</sup> In proposito, oltre gli Autori già citati in precedenza, si può qui ricordare G. DALLA TORRE, *Il fondamento*, cit., il quale esplicitamente afferma che la questione del fondamento ha per i diritti consistenti risvolti concreti, «nel senso che senza un fondamento, o con un fondamento improprio, la categoria dei diritti diviene fragile ed inutile» (p. 30).

<sup>126</sup> R. GATTI, *Democrazia*, cit., pp. 119-120.

ne dei diritti e indicare i criteri per risolvere le antinomie fra gli stessi.

### III. 7. *Perelman, la dialettica del ragionevole*

Chaïm Perelman, rispondendo alla domanda se «si possono fondare i diritti dell'uomo»<sup>127</sup>, condanna sia il «dogmatismo filosofico», che pretende di fornire un fondamento assoluto, sia lo «scetticismo filosofico», che nega questa possibilità<sup>128</sup>, e, in particolare, considera «inaccettabile» l'«assolutismo ideologico» sottostante ad ogni ricerca di un fondamento assoluto ed immutabile<sup>129</sup>. Anche il positivismo ricade sotto la critica del filosofo, in quanto rappresenta pur esso un «assoluto»: «il positivismo giuridico, trasferendo alla volontà generale le funzioni che prima erano prerogative della volontà divina...» fonda ogni norma positiva «sul potere legislativo dello Stato», negando «l'esistenza di un diritto che non [fosse] sia l'espressione della volontà del sovrano»<sup>130</sup>.

Ma lo stesso Perelman è molto chiaro nel precisare che «ciò non significa che ogni ricerca di un fondamento non assoluto sia priva di senso e di portata»<sup>131</sup>: «la storia del pensiero ci insegna, in tutti i campi, l'importanza effettiva dei fondamenti non assoluti, che a certe epoche, in certe discipline sono sem-

<sup>127</sup> *Si possono fondare i diritti dell'uomo?* è il titolo di una relazione presentata da Perelman nel 1964, che si può leggere in C. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*, Guida editori, Napoli, 1973, pp. 83 ss.

<sup>128</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 86.

<sup>129</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 89.

<sup>130</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 87; il positivismo, inoltre – aggiunge l'Autore – è legato ad un metodo scientifico e «come accade per ogni teoria scientifica inconciliabile con i fatti», crolla di fronte ad essi, come è avvenuto con gli «abusi dell'hitlerismo» (*ibidem*, p. 88; per una critica specifica alla costruzione kelseniana, vedi *ibidem*).

<sup>131</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 89.

brati sufficienti»<sup>132</sup>. L'Autore, cioè, considera praticabile una terza via, «filosoficamente essenziale» fra “assolutismo” e scetticismo: «la ricerca di fondamenti sufficienti, ma relativi a determinate menti, società o discipline»<sup>133</sup>.

Non sono negati né i diritti dell'uomo né la presenza, ed anche l'utilità, del fondamento: «ogni volta che sorgono controversie riguardo all'esistenza o alla portata di certi diritti, è normale che si cerchi di ricollegare questi diritti controversi a un fondamento ideologico», il quale sia in grado di «fornire ragioni sufficienti» in favore del diritto, per limitarlo, per rapportarlo agli altri diritti<sup>134</sup>. Si riconosce, in altre parole, il legame fra concretizzazione (e attuazione) dei diritti e giustificazione dei diritti stessi; la posizione non è di “indifferenza” nei confronti del fondamento, ma, anzi, di favore nei confronti dei fondamenti, a condizione che essi siano relativi e non assoluti, o, si potrebbe dire, «sufficienti» e non “necessari” (perlomeno non in quella specifica forma)<sup>135</sup>.

Perelman si spinge sino a proporre un fondamento (relativo), ovvero l'individuazione del «ragionevole», il quale può avanzare la pretesa di esser tale nella misura in cui è sottoposto «all'approvazione dell'uditorio universale costituito dall'insieme delle persone normali e competenti per giudicarne»<sup>136</sup>. Tale fondazione si presenta come dialettica, non evidente, non arbitraria, non infallibile e non legata alla «semplice conformità alla legge»<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 86.

<sup>133</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 86.

<sup>134</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 89.

<sup>135</sup> In linea generale, infatti, l'utilità nella sistematizzazione e gerarchizzazione dei diritti di cui parla Perelman, potrebbe anche indurre ad affermare la necessità di *un* fondamento, il che, peraltro, è ben diverso dal sostenere la necessità di *quel* fondamento.

<sup>136</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., pp. 91-92.

<sup>137</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 91; è un tipo di fondazione non strutturata secondo i dettami di un modello matematico, ma secondo le modalità della

È forse un tipo di fondazione dei valori assimilabile a quello habermasiano? Senza voler forzatamente individuare eventuali elementi comuni<sup>138</sup>, sicura è la considerazione che la proposta di Perelman, così come quella di Habermas, non prescinde dalla presupposizione di alcuni elementi, necessari per individuare il «ragionevole»: l'Autore stesso afferma che «lo sviluppo fruttuoso di una filosofia del ragionevole esige la valorizzazione delle persone che lo condizionano e il riconoscimento di tutti i diritti che possono permetter loro di contribuire efficacemente al progresso del pensiero»<sup>139</sup>. Il «ragionevole», detto altrimenti, è un fondamento relativo e mutevole, ovvero – con le parole di Perelman – «né un fondamento assoluto, né l'unico fondamento concepibile», ma presuppone la presenza di determinate procedure e soggetti<sup>140</sup>, ossia una dote (quale implicazione “necessaria”) di elementi caratterizzanti (formali ma anche sostanziali). A ciò si aggiunga che i diritti vengono ad essere concepiti, precisati e gerarchizzati, proprio «in funzione del contributo che danno al progresso di una razionalità concreta»: il ragionevole, dunque, non è forse solo un modo di procedere (il che già implica, lo si è visto, una serie di elementi anche sostanziali), ma è anche un metavalore di riferimento, se pur mutevole<sup>141</sup>.

filosofia morale, che «non si elabora per mezzo di assiomi e deduzioni, ma attraverso una continua messa a punto delle regole che possono guidarci nell'azione» (*ibidem*).

<sup>138</sup> La comparazione fra le teorie dei due Autori richiederebbe, infatti, un approfondimento impossibile in questa sede.

<sup>139</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 92, o ancora: «il ricorso ai membri dell'uditorio universale per concretizzare l'idea del ragionevole, non può fare a meno di rinviarci a una antropologia, a una teoria dell'uomo» e, in tal modo, «si giungerà, per via traversa a giustificare taluni diritti dell'uomo» (*ibidem*).

<sup>140</sup> «Persone normali e competenti per giudicare», «interlocutori validi», li chiama C. PERELMAN (*Diritto*, cit., pp. 91-92).

<sup>141</sup> C. PERELMAN, *Diritto*, cit., p. 92; il ragionevole è mutevole, ma Perelman sembra esprimere una preferenza per una concezione di progresso «sotto la forma di elaborazione, nella storia, di concezioni sempre più ragionevoli» (*ibidem*, p. 93).



Volendo concludere, non si può definire scettico nei confronti, in generale, dei diritti della persona umana, un filosofo che, per qualche aspetto, li presuppone o li implica, se pur tentando una via che rifugge dall'«arbitrio irrazionale», e, per qualche altro, li considera il frutto di una elaborazione “ragionevole”, se pur non immutabile<sup>142</sup>.

### III. 8. Osservazioni conclusive

Molti altri Autori, fra coloro che a vario titolo e da posizioni differenti hanno espresso dubbi sui diritti dell'uomo, si potrebbero citare<sup>143</sup>, ma gli esempi ricordati paiono sufficienti per affermare con la necessaria argomentazione che chi è menzionato fra i «critiques des droits de l'homme» non rifiuta in realtà i diritti della persona umana, ma una loro particolare concezione, rivendicazione o giustificazione. Sono i diritti naturali ad essere «falsi» (Burke) o dei «nonsense» (Bentham), sono i diritti che suggellano l'ascesa della borghesia ad essere condannati quali diritti dell'uomo «egoista» (Marx) e sono i diritti fondati su un “assoluto” ad essere definiti una «illusione» (Bobbio).

La critica dei diritti dell'uomo è una critica ad una modalità di estrinsecazione, costruzione, dei diritti della persona umana, che si appunta su un aspetto che i diritti hanno storicamente assunto: la veste giusnaturalistica, il legame con la borghesia, la pretesa di oggettività, etc.

<sup>142</sup> In questo senso non pare condivisibile il giudizio di chi (F. COMPAGNON, *I diritti dell'uomo*, cit., pp. 192-193) accomuna le tesi di Bobbio e Perelman come «posizioni decisamente scettiche» e tendenti ad una sostanziale «rinuncia teoretica».

<sup>143</sup> Si pensi, ad esempio, a Hans Kelsen, Friedrich Karl von Savigny, Michel Villey, senza contare che qui non si è accennato alle critiche mosse ai diritti dell'uomo sotto il profilo della loro occidentalità (tema per il quale si rinvia a parte II).

Se il giudizio negativo riguarda in specifico una teoria o una sua realizzazione, peraltro, concretamente, pare possibile individuare nell'insieme dei giudizi negativi delle costanti o elementi ricorrenti: ad essere colpiti dagli strali dei critici sono soprattutto, da un lato, il carattere immutabile e oggettivo (legato ad una prospettiva ontologica o metafisica) dei diritti, e, dall'altro, *una* loro affermazione (o non affermazione)<sup>144</sup> concreta.

Riceve consensi, invece, l'approccio tendente a configurare i diritti della persona umana come relativi, nel fondamento, e, conseguentemente, nella configurazione; emerge, inoltre, la tendenza ad accordare una valenza positiva ai diritti, al di là del profilo censurato: generalmente, alla critica, anche aspra, ad un

<sup>144</sup> Per una critica dei diritti della persona umana incentrata sulla loro "non attuazione" in quanto tali, vedi H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1967), Edizioni di Comunità, Milano, 1997, che constata la non applicazione dei diritti umani nei confronti degli apolidi e di alcune minoranze, ovvero di quelli che ad inizio del secolo «i persecutori [nazisti] cacciarono dal paese come schiuma della terra» e che «vennero dovunque ricevuti come tali» (p. 374), mostrando che ogni volta che un uomo «non è altro che un uomo», cioè dovrebbe trovarsi «nella situazione contemplata dalle dichiarazioni» che proclamano gli «innati e inalienabili diritti umani», questi ultimi gli vengono negati (p. 416).

L'Autrice insiste sulla considerazione che il concetto dei diritti umani è molto incerto e vago: «nessuno sembra in grado di definire con sicurezza che cosa sono realmente questi diritti umani generali, cioè distinti dai diritti dei cittadini» (*ibidem*, p. 406) e, non a caso, intitola il capitolo *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, osservando come l'espressione «diritti umani» risulta alla prova dei fatti completamente "svuotata": «il termine «diritti umani» divenne per tutti, nei paesi totalitari e democratici, per le vittime, i persecutori e gli spettatori indifferentemente, sinonimo d'idealismo ipocrita o ingenuo» (*ibidem*, p. 375). «La concezione dei diritti umani» – in conclusione – «è naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana» (*ibidem*, p. 415), come a dire che non esistono i diritti umani, ma solo diritti legati all'appartenenza ad una comunità politica: la perdita di una comunità politica «esclude dalla umanità» (*ibidem*, p. 412).

“tipo” di diritti dell'uomo, si accompagna la proposta di un altro “tipo” di diritti dell'uomo<sup>145</sup>.

Ma le varie “proposte” hanno qualcosa in comune, al di là del costruire dei diritti della persona umana, senza ulteriori specificazioni? Le varie concezioni dei diritti della persona umana – magari non assoluti, ma neanche assolutamente negati, e dagli infiniti fondamenti – possiedono dei punti di intersezione?

L'esistenza *sic et simpliciter* della categoria dei diritti della persona umana ha senso se non vi è accordo sul contenuto?<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Basti ricordare in proposito le aperture presenti anche nella critica, molto dura, di matrice marxista.

<sup>146</sup> Si potrebbe a questa domanda aggiungerne un'altra (cui si è già in precedenza accennato): l'accordo sul contenuto ha senso, se mancano gli strumenti di garanzia e tutela?



PARTE SECONDA

LE AMBIGUITÀ DELLA PRETESA UNIVERSALITÀ  
DEGLI ATTUALI DIRITTI UMANI



## CAPITOLO PRIMO

### I DIRITTI UNIVERSALI FRA CULTURE E IMPERIALISMO CULTURALE I DIRITTI OGGI PROCLAMATI COME UNIVERSALI POSSONO RAPPRESENTARE LA TRADUZIONE DEL PUNTO DI INTERSEZIONE FRA LE CULTURE?

SOMMARIO: I.1. Universalità occidentale? – I.2. Pluralità delle culture e diritti universali. I diritti nella cultura asiatica, africana e islamica. – I.2.1. Le Americhe: la scomparsa delle culture indigene. – I.2.2. La rivendicazione delle proprie tradizioni nel continente africano. – I.2.3. Il Corano quale fondamento dei diritti umani. – I.2.4. Asia: universalità e valori asiatici. – I.3. L’“universalismo situato”.

*«A quale specie di creature appartengono gli europei, che classe di uomini sono? Gli europei che fanno il bene solo per obbligo, e non hanno altro motivo per evitare il male che la paura del castigo... Davvero, mio amato fratello, sento pena per te dal profondo della mia anima. Segui il mio consiglio e diventa urone. Vedo chiaramente la differenza che c'è tra la mia condizione e la tua. Io sono il mio padrone, e il padrone della mia condizione. Io sono il padrone del mio corpo, dispongo di me stesso, faccio ciò che mi piace, sono il primo e l'ultimo del mio popolo... invece... il viceré dispone di te, non hai libertà di fare quel che ti viene in mente; vivi con la paura dei ladri, dei falsi testimoni, degli*

*assassini; e devi obbedienza a un'infinità di persone che stanno sopra di te...»*

(Adario, capo degli indios uroni, parla al barone di Lahontan, colonizzatore francese di Terranova, Placentia, 1691)<sup>1</sup>

*«Lasciamo quest'Europa che non la finisce più di parlare dell'uomo pur massacrandolo dovunque lo incontra, a tutti gli angoli delle stesse sue strade, a tutti gli angoli del mondo. Sono secoli che l'Europa ha arrestato la progressione degli altri uomini e li ha asserviti ai suoi disegni e alla sua gloria; secoli che in nome d'una pretesa «avventura spirituale», soffoca la quasi totalità dell'umanità...»*

(Frantz Fanon)<sup>2</sup>

*«La Conferenza Mondiale sui Diritti Umani riafferma il solenne impegno di tutti gli Stati di adempiere i loro obblighi per promuovere l'universale rispetto, l'osservanza e la protezione di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali per tutti... La natura universale di tali diritti e libertà è al di là di ogni questione...»*

(Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui Diritti Umani, Dichiarazione e programma d'azione, Vienna, 14-25 giugno 1993)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Da E. GALEANO, *Memoria del fuoco*, I, *Le Origini*, cit., pp. 335-336.

<sup>2</sup> F. FANON, *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962, p. 240.

<sup>3</sup> Parte I, 1; più avanti si legge anche: «Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi. La comunità internazionale ha il dovere di trattare i diritti umani in modo globale e in maniera corretta ed equa, ponendoli tutti su un piano di parità e valorizzandoli allo stesso modo. Benché debba essere tenuto presente il valore delle particolari e differenziate condizioni storiche, culturali e religiose, è obbligo degli Stati, tenuto conto dei propri sistemi politici, economici e culturali, promuovere e tutelare tutti i diritti umani e le libertà fondamentali» (parte I, 5); il testo della Dichiarazione è citato dal sito <http://www.onuitalia.it/diritti/vienna>.



Esistono oggi dei diritti universali riconosciuti come tali da persone umane e Stati che esprimono culture differenti? La connotazione occidentale della Dichiarazione universale del 1948 e di molti fra i documenti che l'hanno sviluppata inficia l'universalità dei diritti che essa proclama?

Occorre, dopo aver compiuto una prima ricognizione alla ricerca del concetto di diritti della persona umana, riprendere la navigazione, con la consapevolezza relativistica che si è appresa, tenendo una rotta il più possibile razionale e astratta e con la carta nautica delle varie teorie che si è abbozzata. In questo nuovo viaggio per il mondo si tenterà di individuare i punti di intersezione delle varie correnti, su più livelli: la presenza di una concordanza "pratica" intorno ad un catalogo di diritti; l'esistenza di elementi in comune nelle culture e nelle teorie dalle quali prendono vita i diritti; l'individuazione, anche al di là delle differenze negli orizzonti fondativi, di un nucleo condiviso di valori-principi o di somiglianze nella struttura e nella funzione dei fondamenti.

Come strumento di raffronto si utilizzerà, per quanto concerne il livello concreto, il catalogo dei diritti della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, in particolare come specificata nei Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ed economici, sociali e culturali del 1966, mentre, quanto al fondamento e al sostrato culturale, si tenterà soprattutto di indagare se quello sotteso alla Dichiarazione del 1948 o ai Patti del 1966 non revochi in dubbio il preteso carattere universale di tali documenti.

Si affronterà cioè la questione dell'universalità dei diritti assumendo come base il contenuto, il fondamento (ovvero l'alveo culturale), nonché il significato politico di quelli che – nati in Occidente – oggi sono considerati i diritti universali.

Gli elementi che emergono per primi ad un rapido sguardo sono contraddittori e, in alcuni casi, suscettibili di differenti interpretazioni.

In primo luogo si può constatare come i documenti internazionali sui diritti dell'uomo sono ormai stati sottoscritti da

quasi tutti gli Stati del mondo e le costituzioni di ogni Paese riconoscono diritti fondamentali della persona umana: si tratta di una condivisione universale di alcuni valori, che nasce attraverso un libero e consapevole consenso, o di un semplice assenso formale, imposto o dettato da ragioni di convenienza (non essere esclusi dalla comunità internazionale e magari dalle sovvenzioni condizionate di organismi quali il Fondo Monetario Internazionale)? La concordanza pratica che si può *vedere*, in altre parole, è formale o sostanziale?

E, il dato della grande proliferazione di carte dei diritti dell'uomo a livello continentale o di gruppi di Stati, deve leggersi come segnale di una diffusione dei diritti della persona umana o come impossibilità di individuare dei diritti della persona umana a livello mondiale? Ovvero, rappresenta un "buon" bilanciamento fra relativismo culturale e universalismo dei diritti o il fallimento di quest'ultimo?<sup>4</sup>

In terzo luogo, la nascita della Corte penale internazionale, che dovrebbe punire alcune *gross violations*, ma alla quale mol-

<sup>4</sup> In argomento, non manca chi osserva come alcune Carte adottate a livello regionale sembrano costituire la prova dell'impossibilità di estendere *sic et simpliciter* i diritti universali occidentali, testimoniando all'opposto la presenza di processi di costruzione dei diritti fondamentali «del tutto antagonistici rispetto a quelli del costituzionalismo occidentale», come è, ad esempio, nel caso della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'*Islamic Council*, dove «i diritti trovano il loro riconoscimento ed i limiti non in un contratto sociale, ma nel Corano, ed in quanto tali sono intimamente omogenei con l'identità musulmana» (G. ROLLA, *Le prospettive*, cit., p. 422), ma nemmeno chi rileva come «il regionalismo è la strada maestra per arrivare ad una salvaguardia dei diritti umani veramente adeguata» (A. CASSESE, *I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, pp. 51 ss.), o verosimilmente come la «moltiplicazione delle dichiarazioni dei diritti», ciascuna con un «contenuto peculiare, adattato alle esigenze...», potrebbe essere la soluzione migliore in una prima fase (M. LUCIANI, *Diritti costituzionali e diritti umani. Una difficile sovrapposizione*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani*, cit., p. 102).

ti Stati rifiutano di partecipare<sup>5</sup>, rappresenta un passo in avanti nella tutela effettiva, ovunque e nei confronti di chiunque, dei diritti umani fondamentali, oppure è un indice proprio della mancanza di volontà nel garantire la persona umana a livello universale?

Infine – come si vedrà in seguito – il fatto che i diritti umani siano citati come fonte di legittimazione di un nuovo diritto internazionale, basato sull’“ingerenza umanitaria”, ossia sul diritto per i singoli Stati di intervenire con la forza armata ovunque i diritti umani siano violati, è un progresso verso una tutela universale effettiva dei diritti umani o un esempio di asservimento dei diritti umani alla “ragion di Stato” del più forte?

<sup>5</sup> Lo Statuto della Corte penale internazionale è stato adottato il 17 luglio 1998 a Roma ed è entrato in vigore l’1 luglio 2002; sulla nascita e sulle prospettive di una giustizia penale internazionale, vedi, tra le opere di carattere generale, A. DEL VECCHIO, *Corte Penale Internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi della sovranità degli Stati*, in *Comunità Internazionale*, 1998, pp. 630 ss.; D. DONAT-CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: riflessioni a margine della Conferenza diplomatica dell’ONU*, in *Comunità Internazionale*, 1998, pp. 703 ss.; G. DE DONATO, G. MICHELINI, *La Corte penale internazionale e il suo Statuto*, in *Quest. giust.*, 1998/4, pp. 975 ss.; G. CONSO, *Ad un anno dall’approvazione dello Statuto di Roma istitutivo della Corte criminale internazionale*, in *Dir. pen e proc.*, 1999, pp. 797 ss.; B. PASTORE, *Sui fondamenti etico-giuridici della Corte penale internazionale*, in *Dir. e soc.*, 2000/1, pp. 83 ss.; H.H. JESCHECK, *La Corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto*, in *L’indice penale*, 2000/1, pp. 297 ss.; P. MORI, *L’istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2001; T. Leporati (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Uno strumento di giustizia*, Centro di Iniziativa per l’Europa del Piemonte, Torino, 2002; G. CONSO, U. VILLANI, *Verso la Corte Penale Internazionale Permanente e Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, Aracne, Roma, 2003.

Per osservazioni sulla reticenza degli Stati a ratificare il trattato istitutivo della Corte, si rinvia *infra* (parte II, cap. III, par. III.2); sul rischio, in generale, che la giustizia (specie a livello internazionale) si riduca al diritto dei vincitori di giudicare sui vinti, cfr. A. DEMANDT (a cura di), *Processare il nemico*, Einaudi, Torino, 1996.

Per ora, affrontando, in particolare, la questione del rapporto occidentalità-universalità dei diritti e specificità culturali-universalismo, conviene soffermarsi sui primi due elementi: l'adozione a larga maggioranza della Dichiarazione universale del 1948 (e dei Patti ONU del 1966), di matrice prevalentemente occidentale, e la redazione di numerosi cataloghi regionali dei diritti umani.

### I.1. *Universalità occidentale?*

Tracciando l'evoluzione dei diritti umani, quali concretamente e giuridicamente riconosciuti, ci si è in precedenza arrestati, nell'individuazione del contenuto, ovvero del catalogo di posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto positivo, alle Dichiarazioni di fine Settecento; senza trascurare che nel corso dell'Ottocento vari documenti, soprattutto di natura costituzionale, hanno elaborato e sviluppato i diritti della Rivoluzione francese o dei neonati Stati Uniti<sup>6</sup>, si può, attenendosi ai testi più significativi, passare senz'altro al 10 dicembre 1948, quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, con 48 voti favorevoli, nessuno contrario e l'astensione di otto Paesi (Unione Sovietica, Bielorussia, Cecoslovacchia, Polonia, Ucraina, Jugoslavia, Arabia Saudita e Sud Africa)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Per alcuni esempi, con riferimento soprattutto al territorio tedesco, si rinvia a G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani*, cit., spec. pp. 108 ss.; si possono inoltre ricordare, fra le Costituzioni, quella spagnola di Cadice del 1812, nonché le varie Costituzioni frutto dei moti del 1848, e, fra gli atti internazionali, l'adozione, nel 1864, della prima Convenzione sul diritto umanitario, nel 1890, dell'Atto contro la schiavitù, cui segue, nel 1926, la Convenzione internazionale sull'abolizione della schiavitù.

<sup>7</sup> I Paesi del blocco sovietico si astennero dalla votazione finale, ma, come si vedrà, parteciparono alla stesura della Dichiarazione, senza dubbio influenzandone il contenuto.

I diritti contenuti in tale Dichiarazione o, con più sicura efficacia giuridica, nei Patti del 1966<sup>8</sup>, costituiscono la dote fondamentale di diritti di ciascun individuo, al di là della sua appartenenza ad una determinata comunità o della sua presenza in un dato Stato; si propongono in altre parole come i diritti di chiunque, ovunque si trovi, sancendo una eguale soggettività giuridica internazionale di tutti gli individui<sup>9</sup>.

Ma, al di là dei dubbi sulla reale consistenza di tale eguaglianza<sup>10</sup>, qual è il suo fondamento e quali sono i diritti riconosciuti in modo eguale a ciascuna persona umana?

<sup>8</sup> Come è noto è dubbia l'efficacia giuridica della Dichiarazione, mentre è assodata quella dei Patti, il cui *status* giuridico è disciplinato dalle norme internazionali sul diritto dei trattati, da alcune statuizioni previste negli stessi Patti e dal diritto interno di ciascuno Stato. Circa la natura della Dichiarazione, vedi, sinteticamente, C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989, che considera superati i dubbi sul carattere giuridico delle disposizioni della Dichiarazione in ragione della «costante e coerente prassi dell'ONU che ha attribuito alla Dichiarazione stessa un valore assai simile a quello dello Statuto dell'Organizzazione» e del comportamento degli Stati che, accettando esplicitamente o tacitamente «le decisioni che riaffermano il carattere obbligatorio della Dichiarazione, hanno finito per riconoscere l'accennato carattere obbligatorio per unanime accettazione» (p. 2).

<sup>9</sup> ... accanto alla soggettività giuridica internazionale degli Stati, l'unica fino alla metà del Novecento, a essere riconosciuta (sul difficile rapporto fra le due soggettività, cfr. *infra*, parte II, cap. II, par. III.2). I diritti della persona umana, detto altrimenti, sono positivizzati ad un livello non più statale, ma internazionale, con le relative conseguenze in ordine al loro ambito di applicazione (conseguenze, peraltro, da non enfatizzarsi vista la centralità degli Stati nella costruzione e nel rispetto del diritto internazionale); in questo senso si può ricordare chi, commentando, poco dopo la sua adozione, la Dichiarazione del 1948, sottolinea come con essa «si ha il trasferimento sul piano internazionale... di un sistema inaugurato oltre un secolo e mezzo» prima «nell'ambito statuale interno» con la Dichiarazione francese del 1789 e i contemporanei *Bill of rights* americani (G. SPERDUTI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 1950, p. 225).

<sup>10</sup> Si rinvia in proposito *infra*, alle osservazioni circa il ruolo della cittadinanza e, in generale, della sovranità degli Stati, nel riconoscimento e nel godimento (perlomeno di alcuni) dei diritti proclamati universali.

Il fondamento dei diritti proclamati nella Dichiarazione universale risente ancora del giusnaturalismo: l'art. 1 della Dichiarazione universale del 1948 riprende quasi testualmente l'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, affermando che «tutti gli uomini nascono liberi ed uguali in dignità e diritti...»<sup>11</sup>, pur attenuando il riconoscimento di un classico diritto naturale (la resistenza all'oppressione)<sup>12</sup> e configurando, accanto all'individuo, anche i gruppi sociali<sup>13</sup>.

La visione giusnaturalista si incontra poi – ed in parte ne accetta il ruolo di co-matrice – con quella socialista, sintetizzabile nell'idea che l'individuo non è un essere astratto ma è situato in uno specifico spazio, tempo e ambiente sociale, donde il riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali. In questo senso, è evidente l'influenza dei Paesi del blocco sovietico, nonostante la loro astensione nella votazione finale, nella redazione del catalogo dei diritti della Dichiarazione, in specie in relazione all'inserimento dei diritti sanciti agli articoli 22 e seguenti: «diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione... dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua [dell'individuo] dignità ed al libero sviluppo della sua personalità» (art. 22), «diritto al lavoro» (art. 23), «diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere pro-

<sup>11</sup> Si ricorda che il già citato art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 recita: «gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti...». Sulla matrice giusnaturalista della Dichiarazione, cfr., per tutti, A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., che la considera una delle tre «fonti ideali» della Dichiarazione, accanto all'«influenza dello statalismo dei Paesi socialisti» e al «principio nazionalistico della sovranità» (p. 41).

<sup>12</sup> Nella Dichiarazione universale del 1948 solo nel Preambolo si accenna all'ipotesi, considerata una «ultima istanza», da evitare, che l'uomo «sia costretto a ricorrere... alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione»; tale debole formulazione rappresenta il compromesso raggiunto sul punto fra i Paesi socialisti, che spingevano per una forte proclamazione del diritto alla ribellione, e i Paesi occidentali, che erano contrari.

prio e della sua famiglia» (art. 25), «diritto all'istruzione» (art. 26), ecc.<sup>14</sup>.

Nella proclamazione dei diritti sociali ed economici, fra l'altro, le idee socialiste si incontrano con un certo umanesimo cattolico o, comunque, con le istanze sociali presenti anche nei Paesi occidentali. Si pensi in proposito, da un lato, all'umanesimo integrale di Maritain<sup>15</sup>, e, dall'altro, alle quattro libertà di Roosevelt, fra le quali, accanto a quelle di parola e di pensiero, di fede e di culto, dalla paura, vi è la libertà dal bisogno<sup>16</sup>.

L'idea liberale della completa autonomia dell'individuo rispetto allo Stato si mitiga: l'individuo deve essere libero dallo Stato, ma lo Stato deve anche liberarlo dagli ostacoli che i "bisogni" frappongono al libero sviluppo della sua persona e garantire la possibilità che quest'ultima si estrinsechi non solo co-

<sup>13</sup> Indica la presenza dei gruppi sociali come un elemento di attenuazione della visione giusnaturalistica, A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 42.

<sup>14</sup> A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., annovera fra gli articoli nei quali è più viva l'influenza dei Paesi socialisti anche l'art. 29, par. 1, dove è espressa l'idea dei doveri dell'individuo nei confronti della comunità in cui vive (p. 43).

<sup>15</sup> Vedi J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo*, cit., specialmente laddove tratteggia i «diritti della persona sociale, e più particolarmente della persona operaia», ricomprendendovi, fra gli altri, il «diritto al giusto salario», il «diritto all'assistenza da parte della comunità nella miseria e nella disoccupazione, nella malattia e nella vecchiaia», nonché, in generale, il «diritto ad aver parte gratuitamente, secondo la possibilità della comunità, ai beni elementari, materiali e spirituali della civiltà» (così sinteticamente, p. 144, e, più ampiamente, pp. 129 ss.).

<sup>16</sup> Dal messaggio del Presidente Roosevelt al Congresso del 6 gennaio 1941; la «libertà dal bisogno» è poi ricordata nella Dichiarazione comune adottata il 14 agosto 1941 da Roosevelt e Churchill (c.d. Carta Atlantica), dove si esprime anche l'intento di «attuare la collaborazione più completa fra tutti i popoli nel campo economico, al fine di assicurare a tutti migliori condizioni di lavoro, progresso economico e sicurezza sociale» (quinto principio). Le quattro libertà rooseveltiane sono infine espressamente richiamate nel Preambolo della Dichiarazione universale del 1948: «considerato che... l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dalla paura e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo; ...».

me monade isolata, ma anche come membro di “società”. L'individualismo negativo dello Stato liberale cede il passo alla concezione di eguaglianza sostanziale e di valorizzazione del pluralismo dello Stato sociale. Esempolari in tal senso sono gli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana, con il riconoscimento delle «formazioni sociali» e dell'attribuzione alla Repubblica del compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

La considerazione dell'individuo come persona situata in un determinato contesto economico-sociale e (almeno potenzialmente) inserita in una rete di «formazioni sociali» (dalla famiglia ai partiti, dalle associazioni più varie ai sindacati, dalla società nazionale alla comunità internazionale) e la deduzione dei relativi diritti, grazie anche all'incontro-scontro fra le prospettive liberale e socialista<sup>17</sup>, non mette comunque in discussione la centralità della persona umana, con la sua dote (naturale) di diritti, ma semmai solo l'idea che l'individuo può essere concepito al di fuori della sovrastruttura in cui vive.

<sup>17</sup> A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., definisce «la discussione che si dipanò alle Nazioni Unite sulla Dichiarazione... in tutto e per tutto *un pezzo di “guerra fredda”*» e sottolinea come «lo scontro essenziale avvenne... tra Occidente ed Europa socialista» (pp. 32-33); U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Ragion pratica*, 1998/11, p. 19, rileva come nella Dichiarazione del 1948 è presente, accanto all'«ispirazione liberale e giusnaturalistica» anche «un significativo contributo... delle concezioni socialiste», insistendo sull'apporto costruttivo offerto dai Paesi socialisti nonostante la «dura contrapposizione ideologica» e individuando in ciò il «carattere autenticamente universale» della Dichiarazione» (affermazione quest'ultima non condivisibile, in quanto al più è dimostrato il carattere occidental-socialista della Dichiarazione, essendo misconosciuto o ignorato il potenziale apporto o rifiuto di altre tradizioni). G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani*, cit., p. 142, ricorda, quale esempio del «duello a parole fra i mondi liberal-democratico e comunista», le «affermazioni del delegato britannico («Vogliamo uomini liberi, non schiavi ben pasciuti») e di quello sovietico («Gli uomini liberi possono anche morir di fame»)).



Il *dominus* dei diritti è l'individuo e laddove sono tutelate associazioni e comunità intermedie ciò non pare sottendere tanto una volontà di tutelarle in quanto tali, quali soggetti (autonomi) a fianco dell'individuo, ma piuttosto una volontà di garantire l'individuo anche attraverso e all'interno di esse<sup>18</sup>, quasi che il pluralismo (come libertà, oltre che ovviamente *nella* associazione, *di* associazione e *delle* associazioni, ed anche come *promozione* delle associazioni) sia comunque pur sempre un principio "funzionale" rispetto alla persona umana.

La Dichiarazione universale è cioè sostanzialmente espressione di una concezione individualista, se pur di tipo liberal-sociale e aperta nei confronti dei diritti collettivi (costruiti come

<sup>18</sup> In argomento, con specifico riferimento alla situazione italiana, si rinvia alle indicazioni di cui *supra* (parte I, cap. I, par. I.3), alle quali *adde*, sinteticamente, A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 293 ss.

La questione della configurazione autonoma o strumentale rispetto all'individuo delle comunità o formazioni sociali è oggetto di controversia, ma specialmente se si considera il testo della Dichiarazione del 1948 pare di poter propendere per la seconda ipotesi: si ammettono «*i gruppi sociali* come "sedi" di realizzazione della sua [dell'individuo] "personalità"» (A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 42). La comunità non pare sullo stesso piano dell'individuo o, ancor meno, prioritaria rispetto ad esso: l'individuo è considerato quale «membro della società» (art. 22) e ha, dunque, dei diritti anche in quanto tale e non solo come singolo, ma non è la comunità il soggetto dell'attribuzione di diritti; in tal senso, «ogni individuo» «ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale delle comunità...» (art. 27, par. 1) o «ad un ordine sociale e internazionale» in cui possano «pienamente» realizzarsi i diritti e le libertà (art. 28), e sono sempre gli individui che hanno il diritto «di fondare una famiglia» (art. 16, par. 1) o di riunirsi ed associarsi (art. 20) [con la precisazione che riguardo alla famiglia si può notare anche una sua autonoma configurazione, con il suo riconoscimento quale «nucleo naturale e fondamento della società» e l'attribuzione del «diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato» (art. 16, par. 3)].

diritti dell'individuo e non della collettività)<sup>19</sup>: volendo sintetizzare il sostrato dei diritti universali del 1948 potrebbe essere identificato in un individualismo sociale<sup>20</sup>, nel quale la figura centrale è la persona umana, protetta come singolo, come associato e come posizionato socialmente ed economicamente<sup>21</sup>.

L'attenzione è incentrata sui diritti, ai doveri la Dichiarazione dedica soltanto una affermazione generica («ogni individuo ha dei doveri verso la comunità», art. 29, par. 1), il che ribadisce la prospettiva individualista. Non si tratta più dello sfrenato individualismo possessivo borghese, ma di un individualismo mite ed aperto, solidale persino: non muta però la centralità dell'«io», del soggetto, potenzialmente opposta ad una concezione fondata sulla primaria considerazione dell'altro o degli altri (della comunità), nei confronti dei quali il soggetto ha dei doveri, più che vantare diritti<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Come già detto, ad essere garantita è sempre soprattutto l'estrinsecazione dell'individuo, la quale, però, rispetto all'epoca precedente, è assicurata anche attraverso la possibilità di associazione con altri (oltre che attraverso la liberazione dal «bisogno»).

<sup>20</sup> Cfr. N. MATTEUCCI, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 327: «l'originaria impronta individualistica della dichiarazione» [n.d.r.: francese], che esprimeva «l'orgoglio dell'individuo che da solo voleva costruirsi il suo mondo, entrando in rapporto con gli altri su un piano meramente contrattuale, è stata superata: si è messo in luce come l'individuo non sia una monade, ma un essere sociale, che vive in un ben preciso contesto»; «l'individualismo è stato superato anche dal riconoscimento dei diritti dei gruppi sociali», anche se queste «sono però tutte conseguenze che derivano logicamente dal principio dell'eguaglianza, che è stato il motore trainante delle trasformazioni nei contenuti della dichiarazione [francese]».

<sup>21</sup> Oltre che, se si vuole, anche come persona non indifferente al destino dei suoi simili, come emerge dalla valorizzazione della solidarietà e delle istanze ad essa connesse. In proposito si possono ricordare, ad esempio, l'art. 22 (già citato), nonché l'art. 1 della Dichiarazione universale (con il riferimento allo «spirito di fratellanza»), o, per un riconoscimento più «forte» ed esplicito, l'art. 2 della Costituzione italiana («la Repubblica... richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»).

<sup>22</sup> Ora, se è vero che diritto-dovere sono due concetti correlati, l'uno dei quali costituisce il «naturale» risvolto dell'altro, è anche vero che l'insistere su

Non trovano espressione, in altre parole, nella Dichiarazione, le tradizioni comunitaristiche e imperniate sul concetto di “dovere” che – come si vedrà – caratterizzano le culture asiatiche o africane. I Paesi appartenenti a queste aree e, in genere, quelli compresi nel c.d Terzo Mondo parteciparono ai lavori di stesura della Dichiarazione senza apportarvi sostanziali peculiarità derivanti dal loro specifico retroterra socio-culturale. Come è stato rilevato, «i Paesi che oggi chiamiamo in via di sviluppo erano in larga misura filo-occidentali», in quanto non ancora pienamente consapevoli della loro differente matrice politico-culturale e, spesso, tendenti ad imitare l'Occidente<sup>23</sup>, o – comunque – non avevano la forza per imporre la propria visione dei diritti. Le contrarietà, ad esempio, espresse dai Paesi musulmani, in particolare in tema di religione e di vita familiare, non incisero sulla formulazione del testo (e ciò portò, fra l'altro, all'astensione dell'Arabia Saudita, il Paese guida dell'area). Un maggior peso ebbero i Paesi latino-americani, non tuttavia in quanto portatori di una propria specifica concezione, ma in quanto «furono più coraggiosi dei Paesi industrializzati dell'Occidente» e, in particolare, dettero un considerevole contributo all'introduzione dei diritti economico e sociali<sup>24</sup>.

L'universalità della Dichiarazione, sotto il profilo dei fondamenti, così come poi si riflettono nel catalogo dei diritti<sup>25</sup>, risiede dunque in particolare (solo) nell'incontro-scontro fra tra-

un versante, piuttosto che su un altro, può mutare la percezione ed anche il significato del valore tutelato (sino a rendere le due prospettive incompatibili, come ritiene E. VITALE, *“Valori asiatici” e diritti umani: l'overlapping consensus alla prova*, in *Teoria politica*, 1999, p. 320, il quale considera impossibile raggiungere un consenso per intersezione «fra chi guarda all'individuo fondamentalmente come un portatore di diritti e chi lo considera altrettanto fondamentalmente come un esecutore di doveri»).

<sup>23</sup> Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 31.

<sup>24</sup> A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 32.

<sup>25</sup> Altro discorso sarà verificare l'universalità sotto il profilo del rapporto con la sovranità (e con la cittadinanza).

dizione liberale, istanze sociali e socialismo. La Dichiarazione, inoltre, sembra postulare uno specifico tipo di società, come si può evincere dal rinvio, nel stabilire le limitazioni dei diritti legittime<sup>26</sup>, oltre che alle esigenze legate a «il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri», alla soddisfazione delle «giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica» (art. 29, par. 2): con l'utilizzo dell'espressione «società democratica» non si intende forse sottintendere una particolare forma di Stato?<sup>27</sup>

Il discorso relativo alla qualità dell'universalità nel fondamento e nel contenuto dei diritti della Dichiarazione in larga parte è valido anche in riferimento ai Patti delle Nazioni Unite adottati il 16 dicembre 1966, entrati in vigore nel 1976<sup>28</sup>, ed ora sottoscritti dalla stragrande maggioranza degli Stati del mondo<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> In relazioni alle quali occorre anche ricordare come vi sia un generale rinvio alla legge, che riecheggia quasi quello della Dichiarazione francese, e comporta una larga discrezionalità (in capo agli Stati), vista anche la vaghezza dei fini che legittimano le limitazioni: «le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale...».

<sup>27</sup> In particolare, con «società democratica» sembra operarsi un rinvio allo Stato costituzionale democratico, una forma che taluno ritiene essere «lungi dal costituire la forma dominante oggi nel mondo» (P. P. PORTINARO, *Il futuro dello stato nell'età della globalizzazione. Un bilancio di fine secolo*, in *Teoria politica*, 1997/3, p. 24), mentre talaltro la considera uno dei tre fattori a fondamento della civiltà globale (cfr. O. HÖFFE, *La sfida della civiltà globale*, in *Iride*, IX, 1996, n. 17, pp. 7 ss., come citato da P. P. PORTINARO, *Il futuro dello stato*, cit., p. 24).

<sup>28</sup> Precisamente, il Patto sui diritti economici, sociali e culturali è entrato in vigore il 3 gennaio 1976 e il Patto sui diritti civili e politici il 23 marzo 1976.

<sup>29</sup> Fra gli Stati che hanno sottoscritto i Patti figurano anche quelli del (l'ex) blocco sovietico, mentre fra coloro che non li hanno ratificati si notano vari Stati appartenenti all'area islamica, quali Arabia Saudita, Bahrein, Brunei, Emirati Arabi Uniti, Oman, Qatar (mentre altri, come l'Iran, l'Iraq, la Siria o lo Yemen, appartenenti alla medesima area, hanno invece depositato già da tempo gli strumenti di ratifica).

Si può comunque evidenziare, per quel che qui interessa, nei Patti, al di là della indiscussa efficacia giuridica vincolante<sup>30</sup>, l'introduzione, in capo ai «popoli», del diritto di autodeterminazione: «tutti i popoli hanno il diritto di autodeterminazione...», «tutti i popoli possono disporre liberamente delle proprie ricchezze e delle proprie risorse naturali...»<sup>31</sup>. L'inserimento di tale diritto segna in particolare una ricezione di istanze provenienti dai Paesi del c.d. Terzo Mondo e risponde all'esigenza di garantire la realizzazione di una liberazione politica ed economica dei popoli e degli individui che ne fanno parte: in tal senso diritto all'autodeterminazione e diritto allo sviluppo<sup>32</sup> sono concepiti come «diritti che appartengono, simultaneamente, all'individuo ed al popolo di cui egli fa parte»<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Oltre l'efficacia giuridica vincolante, i Patti, a differenza della Dichiarazione (e, in particolare, il Patto sui diritti civili e politici, parte IV, anche come ampliata dalle disposizioni contenute nel Protocollo facoltativo relativo al Patto sui diritti civili e politici), prevedono meccanismi di controllo sul rispetto dei diritti, se pur non di tipo giudiziario e, quanto al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, assai poco incisivi (sinteticamente sul punto cfr., tra gli altri, G. GAJA, *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici*, in E. Vitta, V. Grementieri, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 55 ss.; U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi*, cit., spec. pp. 28 ss.; C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 4-5).

<sup>31</sup> Patto sui diritti civili e politici, parte I, art. 1, parr. 1 e 2; nonché, ugualmente, Patto sui diritti economici, sociali e culturali, parte I, art. 1, parr. 1 e 2.

<sup>32</sup> Per un riconoscimento del diritto allo sviluppo, cfr. Assemblea Generale ONU, Dichiarazione sul diritto allo sviluppo (adottata con risoluzione n. 41/128, 4 dicembre 1986), laddove tale diritto viene definito un «diritto inalienabile dell'uomo in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli hanno il diritto di partecipare e di contribuire ad uno sviluppo economico, sociale, culturale e politico nel quale tutti i diritti dell'uomo e tutte le libertà fondamentali possono essere pienamente realizzati, e di beneficiare di tale sviluppo».

<sup>33</sup> U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi*, cit., p. 21. Sottolinea la titolarità del diritto allo sviluppo da parte di popoli e nazioni, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., pp. 166-167, il quale annette al diritto in questione lo stesso significato, in rapporto ai popoli, che i diritti economici, sociali e culturali hanno in rapporto agli individui.

Quanto al resto dei diritti elencati nei due Patti, vi è, rispetto alla Dichiarazione, una maggior specificazione (che si traduce in alcuni casi nell'introduzione di diritti in precedenza assenti)<sup>34</sup>, ma non sostanziali novità, e pressoché identica è l'impostazione, incentrata sulle potestà riconosciute in capo al singolo soggetto<sup>35</sup>.

Gli elementi che, ad una prima lettura, si possono citare quale indice di una crescente universalità sono dunque, da un lato, l'introduzione del diritto di autodeterminazione, e, dall'altro, la ratifica dei Patti anche da parte del blocco sovietico<sup>36</sup>. Di fronte a tali dati positivi per l'universalità, peraltro, vi è il dato negativo dello sdoppiamento dei Patti, che rappresenta un elemento di frattura nella rappresentazione dei diritti dell'uomo, evidenziando le differenze nelle concezioni dei diritti.

<sup>34</sup> Sono più dettagliate, per citare qualche esempio, le garanzie legate all'*habeas corpus* (cfr. spec. Patto sui diritti civili e politici, art. 14), è dedicata una attenzione specifica ai diritti del fanciullo (Patto sui diritti civili e politici, art. 24), è prevista, se pur in termini generali e sempre legata all'individuo, una tutela delle minoranze (Patto sui diritti civili e politici, art. 27), è stabilita con maggior precisione la disciplina relativa ai sindacati, con la previsione, fra l'altro, del diritto di sciopero (Patto sui diritti economici, sociali e culturali, art. 8), etc.

<sup>35</sup> I doveri, ad esempio, sono ricordati, in ambedue i Patti, con una formulazione di carattere generale, nel Preambolo: «considerando infine che l'individuo, in quanto ha dei doveri verso gli altri e verso la collettività alla quale appartiene, è tenuto a sforzarsi di promuovere e di rispettare i diritti...». Nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali, nel sancire i diritti di ciascuna persona, si sottolinea il versante dell'obbligo per lo Stato, utilizzando ripetutamente espressioni del tipo «gli Stati partecipanti... riconoscono», «s'impegnano ad assicurare», ma ciò è legato alla natura dei diritti sociali quali diritti a prestazioni positive da parte dello Stato e, pur trovando così espressione istanze solidariste, è evidente la distanza da concezioni imperniate sui doveri del singolo nei confronti della collettività (nelle disposizioni del Patto in questione a dover essere solidale è soprattutto la comunità nel suo insieme, non i singoli individui verso di essa o direttamente verso gli altri membri della comunità).

<sup>36</sup> Anche se, come si è visto, perdura l'assenza di alcuni Stati del mondo islamico.

Si sono voluti distinguere i diritti sulla base della loro natura, la quale comporta diverse modalità di applicazione e di controllo<sup>37</sup>, ma in tal modo si sono anche separate le tradizioni liberali e social-socialiste e i valori di libertà (negativa) e di giustizia sociale e solidarietà ad esse sottese: non un passo, dunque, nel senso dell'integrazione dei principi propri di "culture" differenti, ma un segnale delle difficoltà di raggiungere un accordo nella condivisione di un catalogo sempre più ampio di diritti.

Tale notazione negativa dei Patti del 1966, si accompagna a quella relativa al passo indietro (perlomeno da un punto di vista formale) compiuto nell'affermazione del principio di indivisibilità dei diritti, ovvero del riconoscimento dell'impossibilità (e dell'incongruenza) di garantire i diritti di libertà negativa in assenza dei diritti sociali, e viceversa.

Nei documenti che, a livello internazionale, connotano lo sviluppo dei diritti umani è poi difficile trovare nuovi cataloghi generali dei diritti, in quanto la tendenza è verso una maggior specificazione e settorializzazione dei diritti stessi sia sul versante dei titolari che su quello, per così dire, dell'oggetto<sup>38</sup>. Saranno adottate, per meglio intendersi, limitandosi ai patti o alle dichiarazioni riconducibili alle Nazioni Unite, fra le altre, la Dichiarazione dei diritti delle persone disabili (1975), la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (1979), la Carta mondiale della natura (1982), la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli,

<sup>37</sup> Così, ad esempio, C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 3.

<sup>38</sup> Fra i primi a rilevare tra le linee di evoluzione dei diritti, a fianco della universalizzazione, la loro «moltiplicazione per specificazione», N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, in *L'età dei diritti*, cit., p. 70, che ad essa aggiunge una moltiplicazione legata all'aumento della «quantità dei beni considerati meritevoli di essere tutelati» ed una moltiplicazione connessa all'estensione della «titolarità di alcuni tipici diritti a soggetti diversi dall'uomo» (p. 68); sul punto, cfr. anche, fra gli altri, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., spec. pp. 159 ss.

disumani o degradanti (1984), la Dichiarazione sul diritto dei popoli alla pace (1984), la Convenzione sui diritti dei fanciulli (1989), la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo (1986), la Convenzione internazionale per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori emigranti e dei membri delle loro famiglie (1990), i Principi per la protezione delle persone malate di mente e il miglioramento dell'igiene mentale (1991), la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali etniche, religiose e linguistiche (1992), la Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti umani (1997-1998), etc.

I documenti più recenti, oltre ad essere più specifici nella determinazione dell'oggetto e a procedere per categorie di persone umane, proponendosi – sembra – di raggiungere un'eguaglianza sostanziale<sup>39</sup>, presentano un carattere più “pratico” e meno “teorico”: si attenua, ad esempio, o scompare del tutto il riferimento al diritto naturale. L'affermazione dei diritti diviene sempre più “tecnica”, più astratta ed espressione di una prospettiva più “laica”, che, in quanto tale, è neutra rispetto a concezioni socio-culturali differenti e, dunque, potenzialmente più facilmente universalizzabile, sia sul piano del semplice accordo pratico sia su quello del fon-

<sup>39</sup> Si garantiscono in maniera particolare i diritti delle categorie di persone umane considerate “deboli”, quantomeno in relazione ad un dato periodo storico: le donne, i fanciulli, i disabili, le minoranze razziali, etc., allo scopo di addivenire – attraverso il trattamento differente di situazioni di fatto diverse – ad una eguaglianza effettiva; si considerano, cioè, «come rilevanti alcune situazioni dell'“uomo” o “cittadino” generico, che esigono un trattamento speciale», in quanto «situazioni di inferiorità nei rapporti sociali», determinate da condizioni sociali o culturali (come nel caso dei diritti della donna, nel quale occorre riequilibrare la disuguaglianza), da condizioni fisiche (generalmente, come nell'ipotesi dei diritti del bambino, o specifiche, come è per i diritti degli invalidi), o dalla struttura di alcuni rapporti sociali nei quali una parte ha un ruolo egemonico (dove, ad esempio, i diritti dei consumatori) [così G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 160].



damento, in quanto lascia aperta la possibilità di legittimazioni differenti<sup>40</sup>.

La nascita di nuovi diritti<sup>41</sup>, la specificazione e “laicizzazione” di quelli classici, la considerazione maggiore per i diritti collettivi, intesi questa volta anche come diritti riconosciuti in capo a “gruppi”<sup>42</sup>, non mutano comunque sostanzialmente l'impostazione di fondo (soggettivistica<sup>43</sup> e imperniata sulla figura della pretesa più che su quella dell'obbligo): i diritti della persona umana sono ancor oggi essenzialmente quelli della Dichiarazione universale del 1948 e dei Patti ONU del 1966, al più come incrementati e specificati da dichiarazioni e convenzioni successive<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Una proclamazione neutra dei diritti può essere metaforicamente assimilata ad un testo letterario che tutti apprezzano, ma del quale forniscono interpretazioni divergenti circa il significato e l'origine.

<sup>41</sup> Si pensi al diritto dei popoli alla pace e allo sviluppo, ai diritti relativi all'ambiente e alla protezione della natura, ai diritti legati alla *privacy*, ai diritti connessi ai trattamenti medici (quale il diritto ad un consenso informato) o agli ultimi sviluppi in materia di genetica.

<sup>42</sup> Ovvero la considerazione per altri, rispetto agli individui, titolari dei diritti: famiglia, minoranze, popoli, ma anche umanità nel suo insieme, generazioni future e, in un certo qual modo, anche natura o animali.

<sup>43</sup> Si ricorda che con l'utilizzo di tale espressione si intende sintetizzare la considerazione per la quale l'affermazione dei valori sottesi ai diritti è realizzata in una prospettiva incentrata sui *diritti* della (*singola*) *persona*, anche se non nel senso di individualismo, per così dire, negativo, di tipo liberale, ma nel senso di una attenzione “solidale”, sociale.

<sup>44</sup> Quanto alle Convenzioni adottate dalle Nazioni Unite è interessante rilevare (dati aggiornati al 10 gennaio 2003, disponibili sul sito Internet delle Nazioni Unite) come dei 188 Paesi membri tutti hanno sottoscritto almeno una Convenzione; i più restii a partecipare al sistema internazionale di tutela dei diritti umani hanno quantomeno ratificato la Convenzione sui diritti del fanciullo (così Brunei, Isole Cook, Isole Marshall, Kiribati, Micronesia, Niue, Oman, Palau). In generale, oltre la Convenzione sui diritti del fanciullo (191 ratifiche), le Convenzioni con maggiori sottoscrizioni sono quella sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (170) e quella sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (165).

Ma la Dichiarazione universale rappresenta veramente un «ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni» come è proclamato nel Preambolo, o è invece un programma che alcuni tentano di imporre ad altri? La prospettiva liberal-sociale della quale essa è espressione<sup>45</sup> può costituire un *quid* universale o universalizzabile?<sup>46</sup> O, meglio, possono i

<sup>45</sup> Anche molti dei c.d. nuovi diritti spesso – pare di poter notare – sono ascrivibili ad una prospettiva liberal-sociale, rappresentandone una evoluzione: si pensi, ad esempio, al diritto alla *privacy* o, in generale, ai diritti nati in relazione allo sviluppo di nuove tecnologie, i quali, più che come delle novità, spesso possono essere concepiti come degli “adattamenti” a fronte di un contesto mutato.

<sup>46</sup> Nel senso dell’“occidentalità” dei diritti dell’uomo, cfr., tra gli altri, M. LUCIANI, *Diritti costituzionali e diritti umani*, cit., il quale ritiene difficilmente contestabile «che nella definizione dei diritti umani e nell’uso che si fa della relativa tematica si annidi... in qualche forma una sorta di imperialismo culturale occidentale»; nonostante che alcuni studiosi di cultura non europea (come Abdelfattah Amor) «si sforzano di dimostrare che anche nei Paesi di aerea non occidentale (nella specie, in quelli islamici) la tematica dei diritti umani si è autonomamente sviluppata...», «la riflessione sui diritti umani segue inevitabilmente i binari tracciati dalla specifica tradizione filosofica e giuridica occidentale...» e «il secco richiamo dei diritti umani finisce dunque per risolversi nella sovrapposizione di una specifica... tradizione culturale a tutte le altre», con la conseguenza che «l’“universalismo” della Dichiarazione del 1948 è dunque – oggi – più apparente che reale» (p. 102; vedi anche M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 175, laddove l’universalità dei diritti umani è definita «più che dubbia» e il loro legame con la tradizione occidentale stretto); F. D’AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., il quale, pur riconoscendo che la Dichiarazione del 1948 «appare certamente quanto di più adeguato alla difesa della *dignità* dell’uomo sia possibile ipotizzare», afferma che ciò «non significa voler ingenuamente ignorare sotto quali condizionamenti essa è stata pensata ed è stata scritta»: la stessa teoria dei diritti umani «manifesta in tutte le sue concatenazioni logiche, nella sua stessa articolazione formale, perfino nel suo lessico una matrice strettamente occidentale» (pp. 48-49); A. BARBERA, *Prefazione* a G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998, secondo il quale le Carte dei diritti incontrano difficoltà in quanto «si ricollegano alla tradizione greco-giudaico-cristiana, quale mediata dal pensiero liberaldemocratico, e mal s’attagliano a paesi legati ad al-

diritti elaborati in tale orizzonte, valere anche in (e per) identità culturali differenti?<sup>47</sup> L'affermazione di diritti quali il diritto

tre tradizioni culturali» (p. 10); D. ZOLO, *Chi dice umanità*, cit., che parla di «giusto sospetto» e di «pretesa occidentale» a proposito dell'universalità dei diritti dell'uomo (pp. 106-110); A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, cit., che osserva come «la pluralità delle etiche... denuncia il grande paradosso di un'universalizzazione dei diritti che occulta la propria origine etnocentrica e la matrice culturale parziale degli stessi» (p. 129);

C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Pol. dir.*, 2000, che giudica lecito dubitare della «presunta universalità dei diritti umani»: «la loro genesi e la loro stessa configurazione è... parte integrante della cultura occidentale» (p. 252); T. CASADEI, «*Senso del luogo e tensione universalistica*», cit., il quale ritiene che «i contemporanei paradigmi di fondazione dei diritti umani incorrano in specifiche e complesse difficoltà... che in ultimissima istanza, rimandano al loro imprescindibile radicamento nell'esperienza giuridica e politica della modernità occidentale» (p. 28); F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, per il quale il «diritto cosmopolitico... si rivela... come l'universalizzazione dei risultati del percorso storico dell'Occidente» (p. 56); L. BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, cit., che sottolinea come «la storia dell'elaborazione del linguaggio dei diritti, ed anche la storia dell'attribuzione ad essi di un valore universale, è una storia tipicamente occidentale...» (p. 206), o ID., *Il particolarismo*, cit., laddove l'universalismo viene definito una «promessa non mantenuta» e il linguaggio dei diritti come proprio «di un soggetto maschio, proprietario e occidentale» (p. 190); A. GAMBINO, *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Editori Riuniti, Roma, 2001, che rileva come l'origine della Dichiarazione universale e dei Patti successivi, nonché i cambiamenti succedutisi, fanno sì che le loro formulazioni siano distanti rispetto alle convinzioni e alla sensibilità di un vasto settore della popolazione mondiale (spec. p. 58); T. PITCH, *L'antropologia*, cit., che afferma che «i diritti fondamentali, come principi etico-politici e come norme positive e semi-positive, sono il prodotto di una storia sociale, culturale, politica e giuridica particolare» (p. 177).

<sup>47</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti*, cit., p. 175, rileva come nell'evoluzione dei diritti fondamentali, attraverso «le fasi di positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione e specificazione» ci si imbatte «in valori come quelli della libertà, dell'uguaglianza, della sicurezza giuridica o quello della solidarietà», che sono poi i valori che emergono attraverso i contributi liberale, democratico e socialista: sono, questi valori, propri anche di altre culture? E, esistono, in contesti differenti, altri valori?

to allo sviluppo e il riconoscimento, quale titolare di diritti, di entità collettive (come i popoli) consentono di considerare integrate nell'orizzonte dei diritti altre prospettive?

Non si può azzardare una risposta senza prima addentrarsi, se pur solo superficialmente e velocemente, nei territori delle altre culture, guidati, in particolare, dalle carte dei diritti create a livello continentale.

### *I.2. Pluralità delle culture e diritti universali. I diritti nella cultura africana, americana, asiatica e islamica*

Nel 1969, sotto l'impulso della Organizzazione degli Stati Americani, viene stipulata la Convenzione Americana sui diritti dell'uomo, nel 1981, l'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione dell'Unità Africana adotta la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli, nel 1990, l'Organizzazione della Conferenza islamica approva la Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'Islam, nel 1998 la Commissione asiatica dei diritti dell'uomo presenta la Carta asiatica dei diritti dell'uomo<sup>48</sup>.

Qual è il retroterra socio-culturale dal quale nascono queste carte e quali diritti esse riconoscono sono due quesiti fondamentali per valutare, da un lato, l'eventuale presenza di una comunanza, o, quantomeno, di una possibile convivenza, nei valori fondanti e, dall'altro, l'esistenza, almeno, di un accordo pratico su di un catalogo di diritti. In altri termini, la questione principale è: le convenzioni o dichiarazioni continentali sui diritti umani rappresentano la prova dell'impossibilità della con-

<sup>48</sup> A tali carte regionali sono da aggiungere quelle adottate in sede europea, il cui retroterra culturale è (perlomeno) molto simile a quello della Dichiarazione universale: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) o la Carta sociale europea (1961), nell'ambito del Consiglio d'Europa, nonché, nel quadro dell'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali (2000).

figurazione di diritti universali oppure il raggiungimento di un buon equilibrio fra universalismo e relativismo, tra – magari – legittimazioni differenti e concordanza sul contenuto concreto? La regionalizzazione dei diritti può essere definita alla stregua di un “universalismo situato”? E, rispetto, eventualmente, a tale “universalismo situato”, la Dichiarazione del 1948 e i Patti del 1966 costituiscono il minimo comun denominatore oppure non sono che *un* “universalismo situato” che ha saputo imporsi sugli altri?

### I.2.1. *Le Americhe: la scomparsa delle culture indigene*

Quanto alla Convenzione Americana, stipulata a San José de Costa Rica, il 22 novembre 1969, non pare di notare elementi particolarmente originali rispetto ai documenti internazionali ricordati: è adottata con l'intenzione «di consolidare in questo emisfero, nel quadro di istituzioni democratiche, un sistema di libertà personali e di giustizia sociale basato sul rispetto dei diritti essenziali dell'uomo» (Preambolo). Si ribadisce – «in accordo con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» – la necessità di una garanzia contestuale dei diritti civili e politici e di quelli economici, sociali e culturali (Preambolo). Leggendo il testo della Convenzione, peraltro, si incontrano soprattutto diritti civili e politici – senza sostanziali novità rispetto agli atti assunti come parametro –, mentre sono trascurati quelli economico-sociali, oggetto di un generico impegno per uno sviluppo progressivo verso «la piena realizzazione dei diritti impliciti negli standard economici, sociali, educativi, scientifici e culturali esposti nella Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani» (Capitolo III, art. 26)<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Per una maggior specificazione di tali diritti occorre guardare al Protocollo addizionale sui diritti economici, sociali e culturali, approvato a San Salvador (El Salvador) il 17 novembre 1988.

I doveri sono richiamati quali naturali risvolti dei diritti altrui e, genericamente, come assoggettamento della persona umana a delle «responsabilità» nei confronti della propria famiglia, della propria comunità, nonché dell'umanità<sup>50</sup>.

La specificazione del catalogo generale dei diritti inter-americano segue poi, negli anni successivi, le tendenze evolutive emerse in sede internazionale, con una connotazione per categorie di persone o bene tutelato: a titolo di esempio si possono citare la Convenzione inter-americana per la prevenzione della tortura (1985), la Convenzione inter-americana sul traffico internazionale di minori (1994), la Convenzione inter-americana per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione verso i disabili (1999).

La prospettiva prevalente è sempre di tipo soggettivista e strutturata sulla falsariga della rivendicazione di una pretesa: in questo senso si può rilevare omogeneità fra l'immediato retroterra e la tipologia delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute nella Convenzione americana e i citati documenti internazionali del 1948 e 1966; del resto si è già rilevato come i Paesi dell'America Latina parteciparono alla redazione di quei documenti allineandosi con i Paesi del blocco occidentale (a volte, magari, in funzione di stimolo, ma sempre nel solco di quella tradizione). Certo rimane la considerazione – più di un dubbio, (quasi) una certezza – che l'omogeneità o la vicinanza oggi riscontrabile sia il frutto di una universalizzazione forzata compiuta nel passato, imposta con le armi e con la riduzione ai margini delle specificità socio-culturali presenti nei Paesi latinoamericani. La condivisione attualmente riscontrabile è fra i colonizzatori e i loro conterranei dei Paesi di provenienza, con l'esclusione (o l'eliminazione) delle culture dei colonizzati, al più tutelate in quanto espressione di una minoranza, di una categoria “debole”.

I diritti della Dichiarazione universale o dei Patti ONU possono essere ritenuti universali nei confronti dell'America

<sup>50</sup> Cfr. Convenzione Americana del 1969, Capitolo V, art. 32 (al secondo comma vi è anche il riconoscimento – quale ragione legittimante eventuali limitazioni dei diritti – del «benessere collettivo»).

Latina, ma a patto di trascurare quel che resta delle culture dei popoli autoctoni e “dimenticando” i vari Pizarro. Forse se si confronta quella cultura che si riconosce, ad esempio nel Popol Vuh, il libro sacro dei Maya: «figli: ovunque siate non venite meno ai doveri che vi insegnò Ixpiyacoc, perché sono doveri che vengono dalla tradizione dei vostri padri»<sup>51</sup>, con quella maggioritaria degli *ex* colonizzatori si possono trovare valori in comune (la dignità umana), ma anche impostazioni differenti (l'idea del dovere più che quella del diritto, la centralità della comunità)<sup>52</sup>: solo che ormai è considerata come una cultura da tutelare dall'estinzione, ma non come capace di indicare una via americana (o, meglio, maya, inca, urone, etc.) ai diritti.

### I.2.2. *La rivendicazione delle proprie tradizioni nel continente africano*

Se nella Carta Americana è – a causa dell'estinzione o dell'emarginazione di chi potrebbe avanzarla – assente una rivendicazione di una propria specificità culturale rispetto all'Occidente<sup>53</sup>, non altrettanto può dirsi nel caso della Carta africana di Banjul, adottata dall'OUA a Nairobi, Kenya, il 20 giugno 1981<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> La citazione del Popol Vuh è tratta da E. Burgos (a cura di), *Mi chiamo Rigoberta Menchù*, Giunti, Firenze, 1987, al quale si rimanda per una prima indicazione sui contenuti della cultura maya e, in particolare, *quiché*.

<sup>52</sup> Si rinvia sul tema anche a quanto osservato *supra* (parte I, cap. I, par.I.1), trattando della preistoria dei diritti della persona umana.

<sup>53</sup> Una rivendicazione di specificità – si sottolinea – che non necessariamente conduce ad un rifiuto dei diritti, ma, magari, ad una loro condivisione da un punto di vista differente, ad una adesione consapevole o ad una modifica contestualizzatrice.

<sup>54</sup> La Carta è citata nella traduzione riportata in F. BATTAGLIA *Le carte dei diritti*, II ed. aggiornata, Laruffa, Reggio Calabria, 1998, pp. 677 ss.

Oltre alla Carta di Banjul, in tema di rapporto fra recezione dei diritti universali e rivendicazione delle specificità culturali, è interessante analizza-

In tale ipotesi, anzi, è molto sentita l'affermazione dell'identità africana, in specie in contrapposizione al recente passato coloniale e all'affermarsi di pratiche di neo-colonialismo: «consapevoli del loro dovere di realizzare la completa liberazione dell'Africa, i cui popoli stanno ancora lottando per la propria dignità ed autentica indipendenza, ed impegnandosi per distruggere il colonialismo, il neo-colonialismo

re il testo delle Costituzioni dei Paesi africani; in argomento si rinvia alla sintetica, ma efficace, disamina di R. ORRÙ, *I diritti e le libertà fondamentali dell'uomo in Africa tra consacrazione costituzionale e garanzia sovranazionale*, in Associazione italiana di diritto comparato (a cura di), AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio – 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 487 ss., nella quale l'Autore mette in luce «la notevole apertura dei testi costituzionali africani nei confronti dei documenti internazionali sui diritti dell'uomo» (p. 499), sottolineando come, in particolare, la Dichiarazione universale condizioni «la formulazione dei cataloghi dei diritti costituzionali», mentre, quanto all'interpretazione e all'integrazione, eserciti una maggior influenza la Carta di Banjul (p. 506).

Quanto appena ricordato costituisce fra l'altro lo spunto per una considerazione di carattere generale: nell'esame del tema diritti universali-specificità culturali, senza dubbio interessante, anche ai fini della verifica dell'utilità della categoria dell'"universalismo situato", sarebbe analizzare il catalogo dei diritti delle varie Costituzioni dei Paesi di ciascuna area; si tratta però di uno studio per così dire "di dettaglio", impossibile a compiersi in questa sede (tenendo anche conto del fatto che la disamina dovrebbe riguardare sia il dato formale-letterale sia quello relativo alla situazione effettiva dei diritti).

Un riferimento alla tutela dei diritti dell'uomo e dei popoli è anche nel *Constitutive Act of the African Union*, adottato dall'OUA l'11 luglio 2000 (cfr. spec. preambolo, artt. 3-4); recentemente, inoltre, il sistema della Carta di Banjul ha visto crescere i propri strumenti di garanzia, con l'entrata in vigore, il 25 gennaio 2004, della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, prevista dal Protocollo aggiuntivo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli istitutivo di una Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, giugno 1998 (sul punto, cfr., per un primo riferimento, D. TEGA, *Africa. La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha finalmente visto la luce. Un nuovo tassello nel sistema universale di protezione dei diritti*, in <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/telescopio.html>, febbraio 2004).



smo, l'aphartheid, il sionismo e a smantellare le basi militari di potenze straniere aggressive...» (Preambolo). Si afferma la volontà di tenere nella «dovuta considerazione» la Carta delle Nazioni Unite e la Dichiarazione dei diritti umani, ma «*prendendo in considerazione* le virtù... della tradizione storica e i valori della civiltà africana», i quali devono ispirare e «caratterizzare le... riflessioni sul concetto di “diritti dell'uomo e dei popoli”», nella ferma convinzione del «dovere di promuovere e di proteggere i diritti e le libertà dell'uomo e dei popoli, tenendo in considerazione l'importanza tradizionalmente attribuita a questi diritti e libertà in Africa» (Preambolo).

Non si rifiutano, dunque, i diritti della persona umana nati in Occidente e considerati universali, ma si sostiene, da un lato, la loro effettiva universalità, cioè il fatto che essi non sono un prodotto solo della cultura occidentale, ma affondano le loro radici anche nelle tradizioni africane, e, dall'altro, si indicano alcune specificità della situazione africana, sì da situare l'universalismo e da prospettare una via africana<sup>55</sup> ai diritti universali. In altre parole, si accettano i diritti (oggi proclamati come) universali, ma se ne fornisce una differente giustificazione e si adattano al contesto africano<sup>56</sup>, quasi che sui diritti universali possa esserci un accordo pratico e magari anche di valori, ma nella consapevolezza che quei valori non sono stati scoperti dall'Occidente, e «tenendo presente», ad esempio, – come è sancito sin dal Preambolo – che «il godimento di diritti e libertà implica anche l'adempimento di doveri da parte di tutti» o che occorre «prestare una particolare attenzione al diritto allo sviluppo».

<sup>55</sup> Con tutti i problemi, peraltro, di individuare, all'interno di un continente nel quale convivono molteplici etnie, con i loro usi e costumi, un'unica via.

<sup>56</sup> Cfr., nel senso che la Carta di Banjul rappresenta «un punto di equilibrio tra la concezione occidentale dei diritti e il rispetto della cultura africana», recentemente, R. ORRÙ, *I diritti e le libertà fondamentali*, cit., p. 507.

Non manca, quindi, nella Carta, la proclamazione dei classici diritti<sup>57</sup> di libertà<sup>58</sup>, politici e sociali<sup>59</sup>, ma, accanto ad essi, vi è il riconoscimento della centralità della comunità, dei diritti dei popoli, dell'importanza dei doveri<sup>60</sup>.

Si dichiara che «la protezione e la promozione dei valori morali e tradizionali riconosciuti dalla comunità deve essere un dovere dello Stato» (art. 17, c. 3)<sup>61</sup>, si sanciscono i diritti di «tutti i popoli» all'uguaglianza (art. 19), «all'esistenza», inte-

<sup>57</sup> Scompare, però, ogni riferimento al diritto naturale: si sancisce *tout court* che «gli essere umani sono inviolabili» (art. 4) o che «ogni individuo deve avere il diritto al rispetto della dignità intrinseca all'essere umano» (art. 5).

<sup>58</sup> In relazione ai diritti di libertà, si rileva più volte un riconoscimento del diritto «nei limiti della legge», senza introduzione di particolari vincoli per il legislatore: «ogni individuo deve avere il diritto di esprimere e diffondere le sue opinioni, nei limiti della legge» (art. 9, c. 2); «ogni individuo deve avere il diritto alla libera associazione, posto che si attenga alla legge» (art. 10, c. 1), etc. In generale osserva come la Carta africana sia «meno «ricca» dei cataloghi nazionali quanto a spettro delle situazioni giuridiche soggettive tutelate e quanto a garanzie per alcune libertà identificate con formule particolarmente vaghe», R. ORRÙ, *I diritti e le libertà fondamentali*, cit., p. 507.

<sup>59</sup> Quanto in specifico ai diritti sociali, si può sottolineare come, accanto alla persona umana astratta – che ha «il diritto di godere delle migliori condizioni realizzabili [n.d.r.: sembra che il diritto già nella sua formulazione sia riconosciuto come necessariamente condizionato dalle risorse disponibili] per la salute fisica o mentale» (art. 16, c. 1) o «il diritto all'educazione» (art. 17, c. 1) – siano attribuiti diritti «speciali» ad alcune categorie deboli: donne, bambini, anziani e disabili (art. 18, c. 3-4).

<sup>60</sup> Cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, N. ROULAND, *I fondamenti antropologici dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1998/2, spec. pp. 267-268: «i diritti individuali enunciati sono molto simili a quelli proclamati in dichiarazioni dello stesso tipo. L'originalità della Carta risiede altrove», in particolare nel fatto che «intende mantenere un equilibrio tra i D.U. e i diritti dei popoli» e considera la persona «più importante dell'individuo», ritenendo «essenziale all'esistenza della persona» la dimensione sociale (il che, peraltro, – nota l'Autore – può essere rielaborato nel concetto di cittadinanza).

<sup>61</sup> E si sancisce che «ogni individuo può liberamente prendere parte alla vita culturale della sua comunità» (art. 17, c. 2).

sa come autodeterminazione e diritto di liberazione (art. 20)<sup>62</sup>, a disporre liberamente delle proprie risorse e ricchezze naturali (art. 21)<sup>63</sup>, «allo sviluppo economico, sociale e culturale» (art. 22), «alla pace e alla sicurezza» (art. 23), «ad un ambiente generalmente soddisfacente e favorevole al loro sviluppo» (art. 24). Si afferma, nel proclamare il diritto allo sviluppo, la necessità, da un lato, di tenere nel «dovuto riguardo» la libertà e l'identità dei popoli e, dall'altro, di assicurare un «eguale godimento del *comune patrimonio dell'umanità*» (art. 24): come a dire, universalismo, ma anche rispetto del relativismo.

Se il Capitolo I è dedicato ai diritti – dell'uomo e dei popoli –, il Capitolo II tratta dei doveri, specificando i doveri che «ogni individuo ha... nei confronti della sua famiglia e della società, dello Stato e di altre comunità legalmente organizzate, e della comunità internazionale» (art. 27, c. 1), senza tralasciare di prescrivere il dovere «di preservare e rafforzare i positivi valori culturali Africani» (art. 29, c. 7)<sup>64</sup>.

L'insistenza sui valori africani, sui diritti degli africani (e dell'Africa), che emerge dalle disposizioni citate è effettivamente interpretabile come una forma di universalismo situato, secondo quanto prospettato in precedenza, oppure è così radicale, così forte, da costituire *un altro* sistema di diritti?

<sup>62</sup> La formulazione in proposito è molto decisa: l'autodeterminazione è un diritto «indiscutibile ed inalienabile», «i popoli oppressi o colonizzati debbono avere il diritto di liberarsi dai legami della dominazione».

<sup>63</sup> Tale diritto è specificato anche come impegno per gli Stati aderenti alla Carta «ad eliminare tutte le forme di sfruttamento economico da parte di stranieri, in particolare quelle praticate da monopoli internazionali» (c. 5).

<sup>64</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 267, nota come se, con tale affermazione, da un lato, senza dubbio, si intenda conferire importanza alle tradizioni, dall'altro, però, con l'inserimento dell'aggettivo «positivi» si suggerisca che non tutte le tradizioni o le loro interpretazioni siano da preservare, rendendo così potenzialmente meno insanabile l'eventuale conflitto fra queste ultime e i diritti umani.

Senza dubbio vi sono degli elementi, che, in modo (anche lessicalmente) forte, segnalano la presenza di una volontà di contrapposizione rispetto all'Occidente (si pensi all'impegno di «distruggere il colonialismo», al riferimento alle «potenze straniere aggressive» o all'«Africa» come soggetto autonomo, che rivendica la propria esistenza in quanto tale, ribadendo la propria libertà e dignità) e vi sono degli elementi di diversità nella concezione e nel catalogo dei diritti, ma devono essere visti come esempio di una «sensibilità»<sup>65</sup> differente nell'approccio ai diritti umani o come «un indubbio ostacolo all'ef-

<sup>65</sup> L'espressione è usata da E. PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2001/16, p. 77, la quale osserva – sottolineando ad esempio come nella Carta africana non pare ravvisabile una rinuncia all'individualismo, ma «v'è, certo, anche un forte riferimento al ruolo delle forme associative», il quale, però «non si sostituisce, bensì si affianca» alle prime – come a mutare «non siano i valori morali cui i diritti fanno riferimento», «quanto piuttosto il modo in cui tali valori assumono forma giuridica», ovvero «la sensibilità verso le questioni». Non pare, tuttavia, del tutto convincente questa impostazione, in quanto – come specifica l'Autrice – la diversa sensibilità è dettata «non dall'adesione ad un diverso nucleo di valori, bensì dallo specifico retaggio storico e dalla specifica tradizione politica e giuridica»: ma la storia e le tradizioni diverse non possono portare all'affermarsi di valori che possono anche, almeno in parte, essere diversi? «L'insistenza sul concetto di diritti dei popoli» – aggiunge Pariotti – rappresenta «una peculiarità che si spiega con la storia»: senza dubbio (così come, dovuta alla storia è la condanna, molto forte e sentita, del colonialismo, dell'apartheid o, ancor più, del sionismo), ma l'attenzione, ad esempio, alla comunità o ai doveri, non rappresentano un valore diverso?

Il problema è anche intendersi sul significato di “valore”: il fatto che, sintetizzando, l'individuo, del quale è comunque riconosciuta la “dignità”, sia considerato come soggetto che possiede delle pretese o come soggetto che ha dei doveri nei confronti della comunità si traduce nella creazione di due differenti valori o nella lettura diversa di un identico valore? La questione è significativa, al di là del lato puramente terminologico, perché – come si vedrà – le diversità delineate possono essere concepite come specificazione di comuni diritti universali o come costruzione di due incompatibili sistemi di diritti.

fettiva universalizzazione dei fondamentali diritti della persona»<sup>66</sup>?

La risposta dipende in larga misura dal modo di intendere i diritti universali e l'universalismo in generale. Se si segue un'interpretazione rigida e chiusa, per la quale i diritti universali sono i diritti scritti nella Dichiarazione del 1948 (e nei Patti del 1966), come interpretati alla luce del loro retroterra socio-culturale, la Carta africana rappresenta un altro sistema di diritti; se si considerano i diritti del 1948 o del 1966, come suscettibili di integrazioni e adattamenti, alla luce dei differenti contesti, o, meglio, oltre a ciò, come essi stessi "particolarizza-

<sup>66</sup> G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti*, cit., pp. 423-424, individua in Africa due ostacoli, tendenti entrambi «a limitare il rilievo della persona intesa come individuo», «al radicamento di una concezione *liberale* dei diritti della persona» [corsivo nostro; n.d.r.: l'Autore aggiunge «talché si può affermare che non esista una tradizione di diritti umani nonostante (o a causa de) l'influsso del colonialismo occidentale»: non sarebbe più corretto, affermare, conformemente alla premessa, che non esiste una tradizione liberale dei diritti umani?]. Rolla sintetizza tali ostacoli, da un lato, nel fatto che «uno dei valori primari è costituito dalla dignità della persona umana, intesa secondo una concezione che considera l'uomo non come singolo, ma come parte di una comunità», dall'altro, nella constatazione che «delle diverse tradizioni che hanno plasmato la cultura giuridica di gran parte dei Paesi dell'Africa – l'islamica, l'occidentale, l'animistica – soltanto quest'ultima offre un significativo riconoscimento alla figura della persona umana» (essendo quella islamica incentrata sull'origine divina del diritto e quella occidentale intesa nella sua dimensione statalistica e autoritaria). La conclusione di Rolla, peraltro, pare essere simile a quella qui prospettata, nel senso che «tradizioni e tendenze universalistiche» non sono necessariamente elementi antitetici, ma anzi complementari: «la salvaguardia delle tradizioni e delle diverse identità culturali costituisce un criterio utile per specificare, implementare e disciplinare i diritti della persona internazionalmente codificati». L'Autore aggiunge che la salvaguardia delle tradizioni «non può certo essere richiamata per giustificare la loro non considerazione»: in tal caso, però, subentrano tutte le difficoltà (vedi *infra*) di discernere fra specificazione e non considerazione (anche volendo, ad esempio, sostenere che la specificazione debba sempre implicare un "più" di tutela, non si può non considerare che lo stesso "più" può essere un concetto interpretabile in maniera differente, a seconda delle tradizioni).

ti”, allora, la Carta africana può essere concepita come la traduzione, a livello continentale, di diritti sanciti a livello mondiale.

Secondo quest’ultima interpretazione, si postula, cioè, la possibilità di individuare un nucleo di valori – ed anche di diritti – universalmente riconosciuti, i quali poi vengono specificati, integrati e, in parte, adattati, alla luce delle differenti tradizioni, ovvero – si potrebbe dire – di immaginare un universalismo astratto (minimo comun denominatore) che vive come *universalismi situati*. La contestualizzazione africana, peraltro, mostra le difficoltà di considerare *tout court* il modello occidentale dei diritti universali come l’ipotetico universalismo astratto, lasciando intravedere la necessità di sfrondarlo quantomeno del suo legame con il liberalismo. Esemplificando: l’individualismo è uno dei tratti caratterizzanti il modello universale (occidentale) dei diritti umani, ma il valore comune (appartenente all’universalismo astratto) – in base al quale possono essere riconosciute la libertà personale, di espressione, di religione, di circolazione, etc. – è meglio identificabile nel valore riconosciuto alla persona. La persona-individuo singolo sarà quindi il modo con il quale la persona verrà in particolare tutelata nelle forme dell’universalismo situato occidentale<sup>67</sup>, la persona-membro della comunità il modo per garantire la persona in un ambito nel quale essa rileva in quanto parte di un insieme.

Modello africano e modello occidentale – volendo tentare delle prime conclusioni – paiono essere compatibili con una concezione di universalismo situato (modello essenziale astratto poi contestualizzato), ma restano aperte molte questioni, *in primis*: qual è il contenuto dell’universalismo astratto<sup>68</sup>? le

<sup>67</sup> Senza ovviamente dimenticare che il potenziale “egoismo” di tale impostazione viene temperato dalla considerazione del singolo come solidale.

<sup>68</sup> In particolare: è possibile solo a livello di valori o anche di diritti puntuali? E quali, in ambedue i casi, possono essere? (per un approfondimento di tale questione, si rinvia al prossimo capitolo).

specificità culturali rappresentano sempre una contestualizzazione, o, a volte, incidono in modo così rilevante da rendere impossibile una qualsivoglia individuazione di un modello astratto?

Ogni risposta categorica è impossibile, si può però tentare di procedere osservando altri fatti e, in particolare, un fatto dall'interpretazione piuttosto controversa: l'adozione di carte dei diritti in ambito islamico.

### 1.2.3. *Il Corano quale fondamento dei diritti umani*

Quale riferimento essenziale<sup>69</sup> per quanto concerne – sotto il profilo dei documenti giuridici – il rapporto fra diritti della

<sup>69</sup> Oltre la Dichiarazione del Cairo, degna di nota è anche la Carta Araba dei Diritti dell'Uomo, adottata dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi il 15 settembre 1994. Tale Carta ha un'impostazione maggiormente laica e – è stato rilevato – «è espressione diretta non dell'islam ma dell'identità araba e del nazionalismo arabo» (cfr., anche per ulteriori considerazioni, A. PACINI, *Introduzione. L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, in ID., *L'Islam*, cit., p. 18); del resto, Islam e dimensione araba sono due concetti che si intrecciano, ma certamente non sono equivalenti, anche se trattando del rapporto fra Islam e diritti umani, senza dubbio, l'area araba è particolarmente rilevante (cfr., sul punto, recentemente, S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico e diritti umani*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2001, spec. p. 419).

G. GOZZI, *Le carte dei diritti nel mondo islamico*, in V. Colombo, G. Gozzi (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 217 ss., sottolinea la portata «innovativa» della Carta del 1994, la sua distanza rispetto al fondamento dei diritti nella legge islamica e la sua apertura verso l'individuazione di un comune consenso intorno ai diritti dell'uomo; per un commento alla Carta, vedi anche S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico*, cit., pp. 452 ss.; M. BORRMANS, *Convergenze e divergenze tra la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'Islam*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, spec. pp. 49 ss.).

In epoca precedente alla Dichiarazione del Cairo si può invece citare la Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo, proclamata a Parigi nel

persona umana e cultura (religione) islamica<sup>70</sup> è da citare la Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam, adottata al Cairo il 5 agosto 1990 dalla XIX Conferenza Islamica dei ministri degli affari esteri dell'Organizzazione della Conferenza islamica<sup>71</sup>.

Come nella Carta di Banjul, anche in tal caso il documento si apre con una rivendicazione del valore della cultura di appartenenza, per il passato<sup>72</sup> e per il futuro<sup>73</sup>, e con una riconduzione dei diritti a tale cultura: «nella certezza che i diritti fondamentali e le libertà universali nell'islam facciano parte della religione islamica».

Che cosa cambia il fatto che la rivendicazione di una identità particolaristica richiami una visione religiosa, di tipo monoteista e (almeno) potenzialmente totalizzante?

1981 dal Consiglio Islamico d'Europa, la quale è fortemente connotata dal riferimento alla Legge islamica, e, a differenza delle carte del 1990 e del 1994, non ha un valore giuridico (per un commento, cfr. spec. G. GOZZI, *Le carte dei diritti*, cit., pp. 211 ss.).

Quanto, infine, alle costituzioni dei Paesi appartenenti all'area arabo-islamica, si segnala, per un primo approccio, e anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. GOZZI, *Le carte dei diritti*, cit., pp. 227 ss.; G. PAROLIN, comunicazione al Convegno *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Teramo, 27-28 giugno 2003.

<sup>70</sup> Senza ovviamente dimenticare che è inevitabilmente riduttivo e banalizzante riferirsi all'Islam come fosse un "tutto" unico ed omogeneo.

<sup>71</sup> La Dichiarazione è citata dalla traduzione contenuta in A. Pacini (a cura di), *L'Islam*, cit., pp. 221 ss.; per una traduzione parzialmente differente, cfr. il testo riportato in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/2, pp. 123 ss.

<sup>72</sup> «Riaffermando la funzione civilizzatrice e storica della comunità islamica (*umma*), che è la comunità migliore che Dio abbia mai creato, la quale, unendo la vita presente all'aldilà e la conoscenza alla fede, ha donato all'umanità una civiltà universale ed equilibrata» (dal Preambolo).

<sup>73</sup> «Riaffermando anche il ruolo auspicato per questa comunità al giorno d'oggi, come guida di un'umanità precipitata nella confusione a causa di credenze e ideologie differenti e contraddittorie, in quanto capace di offrire una soluzione per i problemi cronici che affliggono questa civiltà materialista...» (dal Preambolo).



Il confine fra contestualizzazione dei diritti della persona umana e creazione di un *altro* sistema dei diritti (o, ancor meglio, di affermazione di valori)<sup>74</sup> – come già evidenziato – è molto sottile e sono proprio visioni culturali onnicomprensive, nelle quali i diritti sono «disposizioni divine», da osservare e proteggere attraverso un «atto di adorazione»<sup>75</sup>, a revocare più facilmente in dubbio l'esistenza di un effettivo universalismo.

La maggioranza dei fondamenti, peraltro, – si è detto – si presentano come verità assolute ed incontestabili, come i migliori<sup>76</sup> o gli unici configurabili, ma ciò non esclude la possibilità di individuare all'interno di essi un *quid* comune o di raggiungere un accordo su di un catalogo dei diritti: si può cioè ipotizzare l'esistenza di diritti universali, di valori comuni e, contemporaneamente, di strumenti di legittimazione differenti. In linea teorica, dunque, una fondazione dei diritti nel Corano non è più o meno compatibile con l'esistenza di diritti universali di un fondamento quale il diritto naturale; in tal senso la *shari'a*, la legge islamica, può essere considerata come la traduzione del diritto naturale in un contesto differente<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> I diritti, infatti – si precisa – sono *una* modalità di proclamazione di valori e principi.

<sup>75</sup> Cfr. il Preambolo della Dichiarazione del Cairo.

<sup>76</sup> In proposito la Dichiarazione del Cairo è molto chiara; a titolo di esempio si ricorda il passo (del Preambolo) nel quale la *umma* (comunità islamica) è definita «la comunità migliore».

<sup>77</sup> Cfr. E. PACE, *La Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/2, p. 31: «non essendoci, in fondo, nella tradizione islamica una nozione analoga a quella di legge naturale, elaborata in vario modo dalla cultura occidentale, si comprende come il richiamo ad un fondamento universale ultimo dei diritti umani non possa essere trovato se non nella fonte della vita e della verità, cioè Dio». Considera la differenza nel fondamento del diritto una delle difficoltà della convergenza fra diritti universali e diritti «islamici», A. PACINI, *Introduzione*, cit., pp. 5-6, il quale peraltro pare sorvolare sulla considerazione che anche i diritti umani universali-occidentali hanno un fondamento specifico, sottintendono quantomeno un determinato concetto di uomo e fanno riferimento ad una specifica cultura.

La risposta in concreto, in ordine alla riconducibilità di Dichiarazioni come quella del Cairo alla (supposta)<sup>78</sup> concezione universale dei diritti, invece, sostanzialmente, dipende dalla pregnanza, dal contenuto, dall'interpretazione, ascrivibile alla Legge islamica<sup>79</sup>.

La *shari'a* è un elemento onnipresente nella Dichiarazione del Cairo, dal Preambolo alle disposizioni finali di chiusura con le quali si subordinano «tutti i diritti e le libertà enunciate... alle disposizioni contenute nella Legge islamica» (art. 24) o si definisce «la Legge islamica... il solo riferimento valido al fine di interpretare o chiarire qualunque articolo» (art. 25), passando per il riconoscimento dei singoli diritti. Quanto a questi ultimi, infatti, se si scorre il testo della Dichiarazione, si incontrano i classici diritti di libertà, politici e sociali<sup>80</sup>, ma la

<sup>78</sup> Si utilizza l'aggettivo "supposta" per mettere in rilievo come l'eventuale negazione di tale riconducibilità è suscettibile di revocare in dubbio l'universalità in sé dei diritti umani, o, quantomeno, posto che abbia senso, di costringere a parlare di una universalità in termini di maggioranza.

<sup>79</sup> Per alcuni esempi di differenti interpretazioni della *shari'a*, cfr., oltre quanto si rileverà *infra*, gli interventi di alcuni intellettuali islamici citati in A. Pacini, *L'Islam*, cit., nonché SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *I movimenti dell'attivismo islamico, la legge islamica e i diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, pp. 461 ss.; circa la possibilità, in specifico, di trovare già nella *shari'a* la garanzia delle libertà fondamentali, vedi quanto osservato in precedenza (parte I, cap. I, spec. par.1.1), nonché S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico*, cit., spec. pp. 432-433, la quale si sofferma anche sulle concezioni moderniste.

Sottolinea la possibilità di interpretazioni diverse della *shari'a*, RAJA BAH-LUL, *Prospettive islamiche*, cit., pp. 617 ss., il quale, concludendo, osserva come «la *Shari'a* offre un campo ricco e variegato nel quale i diritti dell'uomo possono essere fondati» e che «a seconda di come è interpretata la *Shari'a* possono esserci limiti, gravi omissioni ed errori» (p. 633), soprattutto «nel campo della libertà di pensiero, del trattamento dei non musulmani e dei diritti delle donne» (p. 630).

<sup>80</sup> Sono riconosciuti, fra gli altri, il principio di eguaglianza, «senza alcuna discriminazione di razza, colore, lingua, sesso, religione, appartenenza politica, condizione sociale o altro» (art. 1, corsivo nostro), la libertà di circolazione e

loro affermazione e la previsione di eventuali limitazioni vede un frequente utilizzo di espressioni del tipo «conformemente alla Legge islamica»<sup>81</sup>. Tale locuzione, da un lato, può indub-

soggiorno (art. 12), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 22), l'inviolabilità del domicilio (art. 18, lett. c)), il diritto alla *privacy* (art. 18, lett. b)), alcune garanzie dell'*habeas corpus*, i diritti della famiglia (art. 5) e nell'ambito della famiglia (con l'affermazione che «la donna è uguale all'uomo in dignità», «gode dei diritti civili, è responsabile della sua indipendenza economica», anche se «il marito ha il compito di mantenere la famiglia ed è responsabile della sua protezione», art. 6), il diritto di istruzione (art. 9), il diritto al lavoro (art. 13; senza alcun riferimento, però, alle libertà sindacali), il «diritto alle cure mediche e ai servizi sociali... nei limiti delle risorse disponibili» (art. 17, lett. b)), il diritto «a un livello di vita dignitoso» (art. 17, lett. c)), il «diritto di partecipare, direttamente o indirettamente, all'amministrazione della cosa pubblica del suo paese» (art. 23).

Non manca, comunque, anche il riconoscimento di altri diritti, già presenti nella Carta Africana, come il «pieno diritto alla libertà e all'autodeterminazione» per i «popoli oppressi dal colonialismo», o il diritto per i popoli di sfruttare le proprie ricchezze e risorse naturali, o il dovere, per gli stati e per i popoli di appoggiare le lotte «che mirano a liquidare ogni forma di colonialismo e di occupazione» (art. 11, lett. b)), o molto particolari, come il «diritto di vivere in un ambiente privo di vizi e flagelli morali, tale da favorire la realizzazione della... persona sul piano morale...».

In generale pare di poter notare una maggior convergenza nel riconoscimento dei diritti sociali e maggiori difficoltà nella garanzia delle sfere di autonomia dell'individuo, conformemente ad una concezione per la quale l'individuo è in primo luogo parte della *umma* (sul punto, cfr. S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico*, cit., spec. p. 465; sul ruolo cruciale della comunità nell'organizzazione delle società musulmane, cfr., recentemente, S. EISENSTADT, *Le trasformazioni della sfera pubblica nelle società musulmane*, in *MondOperaio*, n. 6, novembre-dicembre 2002, pp. 62 ss., e spec. p. 63).

<sup>81</sup> Art. 7, lett. c): «Entrambi i genitori hanno diritti dei confronti dei figli; allo stesso modo, i componenti di una famiglia hanno diritti nei confronti dei loro genitori conformemente alle disposizioni della Legge islamica»; art. 9, lett. a): «... lo stato ha il compito di fornire i mezzi necessari all'istruzione e garantirne la diversificazione nell'interesse della società, in modo che l'uomo possa conoscere la religione islamica, scoprire le realtà dell'universo e orientarle al bene dell'umanità»; art. 12: «ogni individuo ha diritto, nel quadro della Legge

biamente essere considerata una clausola di salvaguardia sostanzialmente assimilabile, ad esempio, a quella prevista nella Dichiarazione universale del 1948, all'art. 29<sup>82</sup>, e, in quanto tale, compatibile (o non compatibile) con la configurazione di diritti universali, alla stregua di quest'ultima; dall'altro, molto dipende – proprio – dalle prescrizioni concrete della Legge islamica<sup>83</sup>. Solo la conoscenza delle norme della Legge islamica o,

islamica, di circolare liberamente...»; art. 19, lett. d): «non si dà alcun crimine né alcuna pena, se non conformemente alle norme della Legge islamica»; etc.

In alcuni casi, il riferimento è direttamente a Dio: «la continuità della vita umana, fintanto che Dio non disponga altrimenti, è un dovere legale» (art. 2, lett. c)); tutti gli esseri umani sono uguali, (in quanto) «sono sudditi di Dio, ed Egli predilige coloro che sanno rendersi più utili ai Suoi sudditi» (art. 1); il richiamo a Dio, in tali ipotesi, non necessariamente serve per circoscrivere il contenuto del diritto, ma, più spesso, per rafforzarlo, con il diretto rinvio al *quid* (Dio) che in quel contesto conferisce la maggior garanzia, cogenza e solennità.

<sup>82</sup> Si ricorda: «nell'esercizio dei suoi diritti e libertà, ognuno può essere sottoposto soltanto alle limitazioni stabilite dalla legge e dirette ad assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri, ed a soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica».

<sup>83</sup> In questo senso taluno rileva la presenza di contrasti difficilmente superabili fra alcuni diritti (universali) specifici ed alcune prescrizioni divine (A. PACINI, *Introduzione*, cit., p. 6); peraltro molto dipende – come già detto – dall'interpretazione della stessa legge divina e in proposito non si concorda con chi (A. PACINI, *Introduzione*, cit., spec. p. 12), distinguendo, circa il rapporto islam-diritti umani, fra posizione conservatrice, di adattamento pragmatico e riformista, ascrive *tout court* alla prima la Dichiarazione del Cairo: quest'ultima rappresenta senza dubbio una forte contestualizzazione ma non necessariamente, al di là di quelli che potevano essere gli intenti dei suoi estensori o l'interpretazione dei tradizionalisti, postula una interpretazione rigida e tradizionale della *shari'a*.

G. GOZZI, *Le carte dei diritti*, cit., p. 225, distingue «due opzioni: quella *tradizionalistica* che afferma che la *shari'a* fornisce i precetti obbliganti che gli uomini debbono vivere...; e quella *storicistica* che sostiene il carattere storico della rivelazione islamica» e ritiene che solo assumendo «sia nei paesi occiden-

ancor più, della loro interpretazione e applicazione, permette, ad esempio, di intendere se il riconoscimento, in capo ad ogni individuo del «diritto di esprimere liberamente la sua opinione, in modo non contrario ai principi della Legge islamica» (art. 22, Dichiarazione del Cairo) sia assimilabile al diritto di ogni individuo «alla libertà di opinione e di espressione» di cui alla Dichiarazione universale. In altre parole, occorre verificare se, al di là delle limitazioni che la libertà di espressione può subire per non contrastare con le prescrizioni della *shari'a* o con «le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica» (Dichiarazione universale, art. 29), residua un *quid* condiviso, ovvero, se la

tali, sia nei paesi islamici una prospettiva *storicistica*» possa essere raggiunto un consenso universale.

Sulla difficoltà di incontro, in specifico tra la «civilizzazione cristiano-europea e quella islamica», cfr. B. TIBI, *Europa, campo di addestramento alla democrazia*, in *Reset*, settembre-ottobre 2002, n. 73, pp. 55 ss. (ma vedi anche, più ampiamente, ID., *Il fondamentalismo religioso*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997), il quale – da una posizione musulmana e liberale insieme, fortemente critica nei confronti di certe estrinsecazioni (quali quelle fondamentaliste) dell'Islam – rileva come attualmente in Islam sia ancora viva una «coscienza aggressiva» e non si sia ancora compiuta quella trasformazione che fa sì che dialogo significhi «scambio intellettuale e non cristianizzazione di persone che professano fedi diverse» (p. 56). Insiste, cioè, l'Autore, sulla distanza che si postula tuttora esistente, ad esempio, nel concetto di tolleranza o di pace, e richiede «ai musulmani di rivedere i loro concetti di pace e tolleranza nel senso che dovrebbero accettare il pluralismo e rinunciare alla dottrina della *Jihad* in quanto conquista» (p. 57), ma nello stesso tempo considera possibile costruire un dialogo, se pur non sottovalutando e rimuovendo – come ritiene avvenire spesso da parte occidentale – gli atteggiamenti ostili da parte musulmana. Bassam Tibi ricorda come l'Islam ha recepito l'eredità greca, l'ha salvata dall'oblio e arricchita, creando le basi per il Rinascimento e per la nascita dell'Europa moderna, concludendo con la considerazione che «la storia può essere l'inizio di un futuro orientamento su valori comuni» (p. 58): una non convergenza nel momento storico presente, ma potenzialmente e in via di principio configurabile, e, dunque, se pur ancora da costruire, una convergenza (e convivenza) possibile?

contestualizzazione porta a concepire in maniera differente ogni diritto, al di là magari della condivisione di alcuni principi comuni<sup>84</sup>.

La risposta, ovviamente, varia considerevolmente, a seconda, ad esempio, che si segua un'interpretazione tradizionalista della legge islamica, oppure si distingua fra valori, tendenzialmente eterni, e norme specifiche, create in relazione ad una determinata organizzazione sociale ed economica, interpretando evolutivamente o "trascurando" le prescrizioni che non rappresentano altro che una concretizzazione dei principi generali in relazione a contesti ormai lontani<sup>85</sup>.

In altre parole, l'alternativa fra: contrasto insanabile tra diritti dell'uomo e *shari'a*, convergenza a patto che la legge islamica venga interpretata in maniera "evolutiva" (o, come più spesso viene definita, "riformista"), riconoscimento *tout court* dei diritti umani da parte della *shari'a*, vede contrapporsi diffe-

<sup>84</sup> In argomento si rinvia a quanto osservato *supra*, in specie in relazione al contenuto del Corano (parte I, cap. I, par. I.1).

<sup>85</sup> Cfr., fra gli altri, S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico*, cit., spec. pp. 432-433, che, a proposito delle tesi moderniste, rileva come esse si propongano di rinnovare la *shari'a* partendo dal Corano, distinguendo ad esempio fra prescrizioni dettate in relazione all'epoca della nascita e dei primi sviluppi dell'Islam e prescrizioni che stabiliscono principi e valori immutabili (che possono costituire la fonte dei diritti umani, i quali, quindi, potrebbero essere concepiti non tanto come un adattamento al pensiero occidentale, ma al contesto storico); anche M. BORRMANS, *Convergenze e divergenze*, cit., spec. pp. 56 ss., nel ritenere non insuperabili le difficoltà inerenti alla configurazione dei diritti dell'uomo in ambiente islamico, sottolinea la centralità dell'interpretazione della *shari'a* e, in specie, dell'introduzione di una «distinzione giustificata tra i principi e le applicazioni» (p. 59); da ultimo, G. GOZZI, *Le carte dei diritti*, cit., si riferisce ad un orientamento, minoritario, ma aperto ad un consenso interculturale, «espresso da quegli autori che affermano che la *shari'a* riflette un'interpretazione storicamente condizionata delle fonti islamiche. Il mutamento delle condizioni economiche e sociali imporrebbe, dunque, una nuova interpretazione delle scritture islamiche... conformemente ad una nuova comprensione di ciò che si ritiene l'intento e lo scopo delle fonti religiose islamiche» (p. 222).

renti – e spesso opposte – tesi interpretative sull'effettivo contenuto della legge islamica. In particolare, da un lato, si schierano coloro che ritengono la *shari'a* «in conflitto con i criteri relativi ai diritti umani, considerando in specie le discriminazioni subite dalle donne e dai non musulmani», per cui occorre una «riforma interna», una «riforma islamica», che proponga «interpretazioni alternative del Corano e della *sunna*»<sup>86</sup>, e, dall'altro, si situano coloro che ritengono «i diritti umani più importanti... riconducibili a cinque diritti fondamentali, concernenti la libertà religiosa, la libertà di opinione e di espressione, la libertà di lavoro, la libertà d'istruzione e di cultura e la libertà civile», mostrando come essi siano riconosciuti dall'islam<sup>87</sup>; senza dimenticare la posizione più conservatrice di coloro che interpretano tradizionalmente la *shari'a* e dei diritti umani accettano solo quanto non contrasta con le sue prescrizioni.

Volendo sintetizzare il rapporto esistente fra diritti umani e cultura islamica (quale emerge in particolare, dal punto di vista del riconoscimento giuridico, dalla Dichiarazione del Cairo), si può considerare, in via di principio, aperta la strada per definire i diritti umani nell'Islam una forma di universalismo situato e, dunque, un passo verso e una conferma nel senso dell'esistenza di diritti universali<sup>88</sup>, con la precisazione però che oc-

<sup>86</sup> Così, ad esempio, A. A. AN-NA'IM, *Il conflitto tra la Shari'a*, cit., pp. 107 e 113; per un commento al pensiero dell'Autore, cfr. RAJA BAHLUL, *Prospettive islamiche*, cit., spec. pp. 632-633.

<sup>87</sup> In tal senso, ALI ABD AL-WAHID WAFI, *I diritti umani*, cit., pp. 53 ss.

<sup>88</sup> Cfr., in tal senso, E. PACE, *La Dichiarazione del Cairo*, cit., che, accanto alle ambivalenze e contraddizioni, rileva come la Dichiarazione del Cairo rappresenta «un tentativo di mettere in primo piano i contenuti universali dei diritti» (p. 31), «si sforzi di conciliare la prospettiva moderna dei diritti dell'uomo con la concezione di fondo dell'Islam» (p. 34), «è indubbiamente un passo avanti», perché «si passa dalla considerazione che la tematica dei diritti umani sia in fondo un prodotto della cultura degli ex-colonizzatori... ad un altro punto di vista: gli "human rights" non sono l'espressione di una nuova pericolosa

corre una valutazione concreta e specifica del significato che, in relazione ai singoli diritti (ma anche ai principi generali) assume la contestualizzazione «conformemente alla Legge islamica»<sup>89</sup>. Sembra, dunque, di poter effettivamente parlare di universalismo situato in relazione ai diritti umani “islamici” solo storicamente, ovvero alla luce del contenuto desunto dalla *shari'a*: una universalità dei diritti possibile<sup>90</sup>, anche se “debole” nella condivisione di un puntuale e dettagliato catalogo dei diritti<sup>91</sup>.

sudditanza all'Occidente; sono principi e valori che appartengono alla coscienza universale degli uomini e dei popoli» (p. 34). L'Autore, peraltro, sottolinea anche l'autoreferenzialità dell'approccio islamico ai diritti umani (cfr., *ibidem*, p. 31, nonché E. PACE, *Le grandi religioni mondiali e la moderna cultura dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2001/16, p. 102), autoreferenzialità che pare tipica, in generale, dell'approccio regionale ai diritti umani.

<sup>89</sup> La prospettiva che si assume appare vicina a quella indicata da L. BONANATE, *Processi di democratizzazione e politica internazionale*, intervento (versione provvisoria) al Convegno *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Teramo, 27-28 giugno 2003, laddove, trattando del rapporto fra Islam e democrazia, afferma: «se mi si chiedesse di votare per un partito che perora la continuazione dei massacri algerini, pur di salvaguardare la purezza dell'Islam, ebbene mi rifiuterei: ma il mio argomento non consisterebbe nel dire che l'Islam non è democratico, ma che un islamico assetato di sangue non è un *buon islamico*...» (p. 8).

<sup>90</sup> Cfr. G. GOZZI, *Le carte dei diritti*, cit., p. 226: «la riflessione sulle diverse concezioni – occidentale e islamica – dei diritti umani ha messo in luce, oltre alle profonde differenze, anche le condizioni di una possibile convergenza»; occorre «il reciproco riconoscimento dei differenti principi culturali e religiosi» e, ad esempio, che, «accanto alla proclamazione dei diritti soggettivi propri della tradizione occidentale», sia riconosciuto l'«individuo comunitario» e il «rapporto diritti/doveri proprio della concezione islamica».

<sup>91</sup> Quanto, invece, all'obiezione che si potrebbe muovere alla Dichiarazione del Cairo, sottolineando il suo scarso garantismo nella tutela dei diritti (perlomeno in astratto) stante il costante rinvio alla *shari'a*, se, in parte, è senza dubbio condivisibile, è, dall'altra, anche da considerare come forse tale riferimento può essere assimilato ai frequenti rinvii alla legge nelle dichiarazioni occidentali (pur se ciò può risultare difficile da comprendere per chi ha una formazione legata all'idea di laicità dello stato e ad una idea della legge, certo più



Quanto, poi, in specie, alla considerazione che, comunque sia, la Dichiarazione del Cairo si distacca notevolmente da una delle matrici – prima ancora che dallo specifico diritto che ne deriva – dei diritti universali (occidentali), la tolleranza e libertà religiosa: «l'Islam è la religione naturale dell'uomo» (art. 10), si può rilevare come molto è legato alla lettura di formule consimili. Se da tale affermazione si inferisce, oltre alla fede nella “bontà” delle rivelazioni del Corano o delle parole del profeta Maometto, la negazione della possibilità di esistenza ad altre credenze<sup>92</sup>, ovvero di ogni tolleranza religiosa (che può esistere anche nell'ambito di una cultura ispirata ad *una* religione)<sup>93</sup>, può effettivamente risultare difficile parlare ancora di universalismo situato.

La possibilità di una interpretazione dell'Islam come una cultura (religione) aperta e tollerante, però, esiste; subentra a questo punto un altro elemento in grado di far pendere la bilancia in un senso o in un altro: lo sviluppo concreto dei rapporti Islam-Occidente. L'eventuale impostazione delle relazioni in termini di contrapposizione, infatti, può condurre, da una parte, ad arruolare i diritti dell'uomo come arma ideologica e di legittimazione dell'utilizzo della forza armata in senso proprio, e, dall'altra, a rifiutare in blocco i diritti dell'uomo, alla luce della loro strumentalizzazione, ma anche solo in quanto

“smaliziata”, ma in fondo ancora debitrice alla sua costruzione come espressione della volontà generale e strumento di quella democrazia che costituisce l'ideale di riferimento).

<sup>92</sup> Sul punto, peraltro, la Dichiarazione del Cairo ha una posizione ambigua; accanto alla proclamazione dell'Islam come «religione naturale dell'uomo», vi è, ad esempio, il riconoscimento dell'uguaglianza di «tutti gli uomini... senza alcuna discriminazione di... religione...» (se pur con la precisazione che «la vera fede garantisce un accrescimento di [tale] dignità sulla via dell'umana perfezione», art. 1).

<sup>93</sup> In questo senso, cioè, una religione può essere presentata come quella preferibile, “consigliata”, ma non l'unica, così come possono essere viste l'ideologia liberale o quella marxista.

prodotti e legati alla cultura degli infedeli, contro i quali occorre condurre una *jihad* totale. Entra in gioco, cioè, il significato politico che i diritti umani hanno assunto e assumono o, meglio, la percezione di tale significato<sup>94</sup>.

Prima però di approfondire il discorso relativo ai rapporti fra culture nel trattare dei diritti della persona umana (spirito di crociata o “ecumenismo”?) e all’influenza in ciò esercitata dal ruolo politico assegnato ai diritti stessi, è opportuno spendere alcune parole sul rapporto fra continente asiatico e diritti della persona umana.

#### I.2.4. *Asia: universalità e valori asiatici*

Nonostante manchi una vera e propria carta asiatica dei diritti dell’uomo, giuridicamente vincolante, adottata dagli Stati, il dibattito in Asia sul rapporto fra universalità dei diritti e relativismo culturale è molto vivo ed è, in particolare, emerso con forza in occasione della Conferenza di Vienna delle Nazioni Unite del 1993<sup>95</sup>. In tale circostanza alcuni Paesi del Sud-Est asiatico, che si riconoscono nella nota sugli *Shared Values* adottata dal governo di Singapore (1991) o nella Dichiarazione di Bangkok firmata da Singapore, Malesia, Taiwan e Cina (1993), sollevano la questione dei “valori asiatici”, lamentando la loro mancata considerazione nella codificazione universale dei diritti dell’uomo.

Circa il contenuto di tali “valori asiatici” e l’individuazione dei loro punti di collisione con la concezione occidentale (uni-

<sup>94</sup> Sul tema, cfr. spec. parte II, cap. III, par. III.1.

<sup>95</sup> Tale Conferenza, come ricordato *supra*, si conclude con l’affermazione dell’universalità dei diritti, ma – è stato osservato – in realtà segna un momento di debolezza della Dichiarazione universale e, in particolare, una sconfitta per l’Occidente (cfr., in argomento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000, spec. pp. 286-287).

versale) dei diritti, è efficace la sintesi di Habermas, che identifica tre aspetti fondamentali. In primo luogo, si osserva come ad essere messa in discussione è la «priorità che in linea di principio i diritti hanno rispetto ai doveri» nelle formulazioni attuali dei diritti, mentre (secondo elemento) occorre tener presente «una determinata “gerarchia” (di tipo comunitaristico) tra i diritti dell’uomo», e, infine (terzo aspetto), si rileva come i sostenitori dei valori asiatici insistano nel lamentare «gli effetti negativi prodotti sulla coesione sociale da un ordinamento giuridico di taglio individualistico»<sup>96</sup>.

«Nelle vecchie culture asiatiche», cioè, – e qui il discorso è molto simile a quello relativo alle culture africane<sup>97</sup> – «la comunità sarebbe prioritaria rispetto agli individui né esisterebbe una netta separazione di diritto ed etica. La comunità politica sarebbe tradizionalmente integrata più attraverso doveri che attraverso diritti. L’etica politica non conoscerebbe diritti soggettivi a priori, ma soltanto diritti conferiti a posteriori agli individui»<sup>98</sup>. Ne consegue il disegno di una dignità umana tracciato a partire dall’immagine di una persona che è parte integrante di una comunità ed è assoggetta a determinati doveri<sup>99</sup>, e riappare

<sup>96</sup> J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, in *L’inclusione dell’altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 226.

<sup>97</sup> Così come il discorso potrebbe valere anche in relazione a, perlomeno alcune, culture originarie delle Americhe e, in un certo qual modo, anche in riferimento alla cultura di tipo islamico.

<sup>98</sup> J. HABERMAS, *Legittimazione*, cit., p. 226.

<sup>99</sup> Sulla centralità dell’idea di “dovere”, vedi la risposta di GANDHI (1948), alla questione circa l’opportunità di una Dichiarazione dei diritti: «ho imparato da mia madre illetterata ma molto saggia che tutti i diritti dell’uomo degni di essere meritati e conservati sono quelli dati dal dovere compiuto... Secondo questo principio fondamentale è probabilmente abbastanza facile definire i doveri dell’Uomo e della Donna e collegare ogni diritto a un dovere corrispondente che conviene compiere in precedenza. Si potrebbe dimostrare che ogni altro diritto è solo un’usurpazione per cui non val la pena di lottare» (citato da P. C. BORI, *Per un consenso etico tra culture. Tesi sulla lettura secolare delle scritture ebraico-cristiane*, Marietti, Genova, 1991, p. 88, nota 145).

in maniera evidente la distanza rispetto all'impostazione individualistica (soggettivistica) della cultura occidentale.

La critica al taglio individualistico dei diritti è il *leit motive* che lega le obiezioni prima ricordate alla concezione universale-occidentale dei diritti, anche, quindi, in relazione all'accusa di insistere sulla centralità dei diritti politici e di libertà, mentre sarebbe più consona rispetto alla cultura asiatica una gerarchia che privilegi i diritti di tipo sociale e culturale, o per quanto concerne l'accusa di fomentare, con la previsione di «diritti soggettivi azionabili», la conflittualità, in contrasto con l'«orientamento consensuale della cultura indigena»<sup>100</sup>.

Si richiamano – in contrapposizione all'individualismo e alla logica della “pretesa” di matrice occidentale – concezioni proprie del confucianesimo, nel quale è debole il concetto di “diritto individuale”: l'ordine umano, che riproduce quello cosmico, è frutto di una combinazione (un governo spontaneo) dei contrari, che «possono coniugarsi senza per questo confondersi o contraddirsi», per cui «l'ideale proclamato è l'autoregolazione e l'autodisciplina» e le garanzie individuali sono fondate sulla «integrazione nei diversi gruppi» di appartenenza e «sono rese possibili dall'educazione, dall'autocontrollo, dal rispetto dei riti»<sup>101</sup>.

Oppure, si riesuma l'idea nipponica dei *giri*, regole di condotta basate sul ruolo sociale ricoperto, impostate più come doveri che come diritti e oltretutto caratterizzate da una concezione flessibile dei diritti che variano in corrispondenza della natura delle relazioni sociali, nell'ambito di una tendenza alla conciliazione piuttosto che alla rivendicazione di proprie prerogative<sup>102</sup> e all'interno di un sistema giuridico che conosce, come «postulati giuridici» generali, elementi quali «il *wa* (armonia), il *mura* (comunità solidale), lo *ie* (legami familiari) e il

<sup>100</sup> J. HABERMAS, *Legittimazione*, cit., p. 228.

<sup>101</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 272.

<sup>102</sup> Vedi N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., pp. 272-273.

*mibun* (gerarchia basata sullo status)», che, in vario modo, sono contemplati dal sistema giuridico stesso sino alla fine della seconda guerra mondiale<sup>103</sup>.

Oppure, ancora<sup>104</sup>, si evoca il pensiero indù<sup>105</sup> basato sul concetto di *dharma*, trasversale rispetto alla religione, all'etica, al diritto, che «enuncia modelli di comportamento che si adattano a molti accomodamenti e deroghe», orientati «secondo l'idea di dovere», senza possedere «il carattere imperativo del diritto soggettivo», e inseriti in un ordine cosmico fondato su un equilibrio armonico di tensioni, di cui è parte un ordine umano che tende a «situare» l'uomo «in un contesto gerarchizzato di relazioni» (e qui entra in gioco anche la divisione in caste)<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Cfr. MASAJI CHIBA, *Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale*, in *Sociolog. dir.*, 1999/3, p. 83.

<sup>104</sup> Per non citare anche il pensiero buddista; per un primo approccio al tema dei rapporti fra buddismo e diritti umani, cfr. SULAK SIVARAKSA, *I diritti umani nel contesto di una soluzione globale dei problemi. Una prospettiva buddista*, in *Concilium*, 1990/2 (*Etica delle religioni universali e diritti umani*), pp. 103 ss.; E. PACE, *Le grandi religioni*, cit., pp. 105-107; A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. p. 154.

<sup>105</sup> Per una efficace ricostruzione del diritto indiano, cfr. M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 381 ss.; per una visione delle tradizioni indiane (non solo induiste) critica nei confronti dell'immagine prevalente che l'Occidente ne ha costruito (enfaticizzando le «meraviglie spirituali» e accentuando le differenze rispetto a sé), cfr. A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. pp. 53 ss.

<sup>106</sup> Vedi N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., pp. 270-271, il quale osserva anche come «il sistema induista è fondato sull'idea della relativizzazione dei diritti, in funzione del posto occupato da ognuno nella società, come anche nell'universo»: diritti astratti ed universali, ma «di ruolo»? Oppure, diritti non più universali?

Sulla cultura indù ed il suo rapporto con i diritti umani, cfr. anche BITHIKA MUKERJI, *I fondamenti dell'unità e dell'eguaglianza. Una comprensione indù dei diritti umani*, in *Concilium*, 1990/2 cit., pp. 94 ss., che, in specifico, sul tema delle caste, evidenzia come l'insegnamento contenuto nel *Mahabharata* «dopo tutto, pone l'accento sull'unità dell'intero ordine della creazione e sull'eguaglianza nel possesso del desiderio della verità» (p. 102).

Ora, pur non potendo che concordare con chi mette in guardia dalle generalizzazioni semplicistiche sulla “civiltà occidentale”, sui “valori asiatici”, sulle “culture africane”, e così via, nonché, in specifico, sull’audacia della somma di «tanti popoli in un unico gruppo», individuando dei valori validi per una «popolazione immensa ed eterogenea» qual è quella asiatica<sup>107</sup>, resta il fatto che le culture asiatiche sono spesso portatrici di una impostazione – se non di valori<sup>108</sup> – differenti rispetto soprattutto all’orizzonte liberale presente nella concezione occidentale (universale) dei diritti.

Ritorna, dunque, la domanda: questa impostazione differente che, peccando inevitabilmente di superficialità e banalizzazione, si può inscrivere in una prospettiva di tipo comunitarista<sup>109</sup>, nella quale fondamentali sono le idee di ruolo e di dovere<sup>110</sup>, sul modello di quella africana, ma, forse più di questa, molto legata ad una visione cosmologica (armonica) complessi-

<sup>107</sup> A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. pp. 166 e 151, nonché p. 89. L’Autore in particolare mette in luce come il dibattito sui valori asiatici tenda a trascurare «la straordinaria varietà esistente all’interno di ognuna» delle culture (p. 89) e ad accentuare le distinzioni “nazionalistiche”, mentre, «considerate le interconnessioni culturali e intellettuali, è spesso assai difficile stabilire che cosa sia “occidentale” e che cosa sia “orientale”»: «la caratterizzazione di un’idea come “puramente occidentale” o “puramente orientale” può essere estremamente illusoria» (p. 85).

<sup>108</sup> Si tenterà *infra* di verificare se, al di là della differenza nei fondamenti “immediati” dei diritti, esistono dei principi generali condivisi.

<sup>109</sup> Ovvero in una prospettiva nella quale si appunta l’attenzione sulla persona, più che sull’individuo, seguendo l’affermazione di chi nota come «le culture non occidentali sottolineano che... l’individuo è soltanto un’astrazione...», mentre «la persona rappresenta la proiezione dell’individuo nelle sue appartenenze sociali: noi tutti siamo membri di molte famiglie e di reti di relazioni» (N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 259).

<sup>110</sup> Vedi anche, in senso diverso, A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., il quale sia della concezione buddista sia della tradizione induista sia del confucianesimo sottolinea la tendenza degli individui all’ubbidienza e all’assoggettamento nei confronti del capo (pp. 56-57).

va, rappresenta la contestualizzazione dell'universalismo o il sintomo dell'impossibilità di una sua configurazione? Ciò, senza dimenticare che si possono rinvenire valori comuni rispetto alla tradizione occidentale, come rileva chi evidenzia che anche nella tradizione asiatica sono presenti «valori di libertà e di tolleranza»<sup>111</sup>: dunque, specificità culturali, ma anche convergenze, se pur inscritte in storie (e fondamenti) differenti.

Per impostare correttamente la questione, è necessario innanzitutto sgombrare il campo dalle argomentazioni legate ad un utilizzo puramente strumentale della categoria "specificità culturali", ovvero "valori asiatici".

Come è stato da più parti osservato, infatti, il riferimento ad un diverso sfondo culturale viene spesso utilizzato come strumento per legittimare un autoritarismo dittatoriale, adducendo la priorità dei diritti di tipo sociale e culturale o, in generale, dello sviluppo economico<sup>112</sup>: prima occorre realizzare la soddisfazione dei bisogni materiali fondamentali della popolazione e poi si garantiranno i diritti di libertà e i diritti politici, dei quali così si giustifica la "temporanea" violazione<sup>113</sup>.

Ora se, senza dubbio, alcuni sostenitori dei "valori asiatici" sono animati dalla volontà di legittimare se stessi o il proprio governo e di evitare ogni possibile interferenza in nome dei diritti umani<sup>114</sup>, ciò non può di per sé condurre ad un rifiuto totale dell'esigenza del rispetto delle differenze culturali, in nome di una universalità, che, magari, è anch'essa stru-

<sup>111</sup> Così A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., p. 88; sul punto cfr. anche quanto osservato dall'Autore spec. alle pp. 154 ss.; nonché parte I, cap. I (spec. par. I.1).

<sup>112</sup> Per una critica dell'ottica che vuole gli ordinamenti autoritari più efficaci nel promuovere il successo economico, cfr. A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., pp. 148 ss.

<sup>113</sup> Così, fra gli altri, J. HABERMAS, *Legittimazione*, cit., p. 227; vedi anche, in tema, la forte critica alla teoria dei valori asiatici portata avanti da autori non occidentali, quale A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., pp. 147 ss.

<sup>114</sup> Compresi possibili condizionamenti sul piano economico-commerciale.

mentale e nasconde una volontà di controllo o di condizionamento di tipo neocoloniale nei confronti di un'area in crescita economica.

Occorre provare ad andare oltre le accuse di strumentalizzazione e la logica di contrapposizione; non si intende misconoscere l'importanza del modo con il quale si presentano e vengono percepiti i diritti proclamati universali, ma si vuole cercare – se esiste – la via che aiuti a percepire e a “creare” dei diritti effettivamente condivisi, che coniughi, dunque, il rispetto delle identità culturali con la proclamazione di posizioni giuridiche comuni.

In tal senso interessante è la Carta asiatica dei diritti umani, proclamata il 17 maggio 1998 a Kwangju (Corea del Sud), dalla Commissione asiatica dei diritti dell'uomo, un organismo non governativo indipendente creato da un gruppo di giuristi asiatici, con lo scopo di promuovere nel continente asiatico i diritti dell'uomo e di condannarne la violazione (con attenzione soprattutto ai diritti civili e politici)<sup>115</sup>. Tale Carta non possiede alcuna efficacia giuridica vincolante, ma rappresenta unicamente un progetto<sup>116</sup>, adottato in occasione del cinquantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che ha l'intento di delineare il «quadro d'insieme» nel quale riaffermare «la battaglia dell'Asia per i diritti e le libertà fondamentali»<sup>117</sup>.

Gli estensori si dichiarano convinti della universalità dei diritti espressi nella Dichiarazione universale del 1948 e nei Patti

<sup>115</sup> Sulla Commissione asiatica dei diritti dell'uomo, cfr., sinteticamente, M. SCALABRINO, *La carta asiatica sui diritti dell'uomo: nota informativa*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, pp. 747-748.

<sup>116</sup> Il carattere di progetto della Carta asiatica dei diritti dell'uomo è evidente anche nella sua struttura che pare più quella di un programma per il riconoscimento e lo sviluppo dei diritti che non di una vera e propria dichiarazione di diritti puntuali e specifici; il testo della Carta si può leggere in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, pp. 773 ss.

<sup>117</sup> Paragrafi 1.1 e 2.1 della Carta.



Onu del 1966<sup>118</sup> e ritengono possibile o, meglio, necessario, contemperare universalità e tradizioni culturali: «nonostante l'universalità e l'indivisibilità, il godimento e la preminenza dei diritti fondamentali dipende dal contesto sociale, economico e culturale... Conseguentemente, dobbiamo muovere dalle formulazioni astratte e procedere verso la concretizzazione dei diritti fondamentali nel contesto asiatico... Il godimento di tali diritti sarà infatti possibile solo correlandone l'essenza e il rispetto alla specificità della situazione asiatica» (par. 2.3).

L'ottica, cioè, è quella dell'universalismo situato, della convivenza fra pluralità delle culture e universalità dei diritti: «la pluralità delle identità culturali asiatiche non contrasta con l'universalità dei diritti umani; piuttosto, all'inverso, le norme universali sono arricchite da tante manifestazioni culturali della dignità umana» (par. 6.2). Quanto ai contrasti fra diritti universali e prescrizioni culturali, la Carta opta per l'eliminazione degli elementi delle culture «contrari ai principi universali dei diritti umani» e, conseguentemente, propone, ad esempio, il superamento del «concetto tradizionale di famiglia, basato sulle tradizioni patriarcali» o della «discriminazione fondata su caste, origini etniche, occupazione e luogo d'origine» (par. 6.2).

Peraltro nei c.d. "casi difficili" la questione si fa molto complessa: occorre rispettare sempre i «principi universali dei diritti umani» o i diritti umani così come scritti nei Patti Onu del 1966?<sup>119</sup> O, ancora, qual è il vero contenuto di una tradi-

<sup>118</sup> Cfr. par. 2.2 della Carta, nel quale si esprime anche la convinzione della indivisibilità dei diritti (sociali ed economici, da un lato, e di libertà negativa e politici, dall'altro), con una impostazione divergente dai sostenitori dei "valori asiatici".

<sup>119</sup> La Carta asiatica pare orientarsi nel senso di un universalismo debole nella sua contestualizzazione, come pare di evincere dalla considerazione che una futura ed auspicata Convenzione regionale sui diritti dell'uomo «deve occuparsi della realtà dell'Asia», ma nel senso di occuparsi «particolarmente degli ostacoli che impediscono il godimento dei diritti umani», dovendo «tuttavia essere perfettamente confacente con le norme e gli *standard* internazionali» (par. 16.2).

zione: la prescrizione specifica che magari discrimina per caste o per genere, oppure i principi generali di quella tradizione, che affermano magari l'uguaglianza di tutti gli esseri umani?

La Carta asiatica si esprime nel senso della possibilità di un universalismo situato, ma si limita ad indicarne alcune direttrici<sup>120</sup>, non un contenuto specifico, pur sottolineando l'importanza di «rendere sicuro il quadro giuridico dei diritti» (par. 15.3a) e di istituire strumenti giurisdizionali che proteggano i diritti (spec. par. 15.4a). Fra queste direttrici si possono ricordare: la previsione di uno sviluppo economico sostenibile, in obbedienza al dovere di proteggere l'ambiente (par. 2.9.), il diritto alla vita, inteso in senso ampio come «diritto a vivere con dignità umana» (par. 3.2), il diritto alla pace, il diritto alla democrazia, della quale si indica un contenuto minimo («un sistema tollerante e pluralistico», la partecipazione della popolazione alla «gestione della cosa pubblica attraverso processi elettorali ed altri processi decisionali operativi», art. 5.2), il diritto all'identità culturale e alla libertà di coscienza (par. 6), il diritto allo sviluppo (come «piena realizzazione di tutto il potenziale della persona umana», par. 7.2) e alla giustizia sociale (par. 7), con particolare attenzione ai «diritti dei gruppi vulnerabili»<sup>121</sup>.

Rispetto ad una percezione dei diritti universali come occidentali e alla affermazione degli *Asian values*, la Carta asiatica segue una concezione intermedia, contemperando – come det-

<sup>120</sup> Nonché, genericamente, a riconoscere «tutti i diritti enunciati dagli strumenti internazionali» (par. 3.1.).

<sup>121</sup> Con l'espressione «gruppi vulnerabili» si intende far riferimento ai «gruppi che, per ragioni storiche o altre, sono deboli e vulnerabili e che richiedono perciò una protezione sociale speciale per poter godere effettivamente ed in maniera uguale dei propri diritti umani» (par. 8.1); si è, cioè, nell'ottica dell'eguaglianza sostanziale o, meglio ancora, delle azioni positive (oltre che riprendere la tendenza internazionale ad una proclamazione dei diritti settoriale e per categorie). Quanto in specifico all'identificazione dei «gruppi vulnerabili», la Carta cita le donne, i minori, i disabili, i lavoratori, gli studenti, i prigionieri e i detenuti politici (parr. 8 a 14).

to – universalismo e identità culturali, tendenzialmente da un punto di vista concreto, senza cioè soffermarsi sulle «motivazioni ideologiche astratte» (par. 1.7), anche se magari sottintendendo che «le idee contemporanee di libertà e di diritti personali e politici» non sono «un impegno “tradizionale” delle culture occidentali» e che, oltretutto, «precedenti importanti di tale impegno... si ritrovano in abbondanza sia nelle culture asiatiche che occidentali»<sup>122</sup>.

### I.3. L'«*universalismo situato*»

Quali sono le coordinate che questa veloce navigazione fra le culture consente di tracciare? Nella consapevolezza di non poter fornire risposte categoriche, si può provare a concludere: le dichiarazioni continentali sui diritti umani *possono consentire* di configurare dei diritti universali.

L'espressione “possono consentire” indica la presenza di una doppia aleatorietà nella configurazione dei diritti universali: innanzitutto, l'universalismo è “possibile” solo se alle culture, alle tradizioni, si assegna un certo significato piuttosto che un altro, seguendo magari un'interpretazione evolutiva o fondata sui principi invece che una storica o letterale. L'esistenza teorica di diritti universali e la loro concreta consistenza molto devono, cioè, all'interpretazione delle identità culturali e alla costruzione di un rapporto teso ad evidenziarne le convergenze piuttosto che ad uno tendente a metterne in luce le differenze.

In secondo luogo, l'universalismo è possibile, in quanto se ne accetti (perlomeno *rebus sic stantibus*) una versione “debole”, basata su un nucleo, per così dire, molto ristretto, essenziale ed astratto, formato da alcuni valori o principi e da diritti che rappresentano la traduzione (formale e giuridica) di quei

<sup>122</sup> A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., p. 165.

valori o principi. Tale nucleo per poter concretizzarsi, cioè per divenire effettivamente universale, paradossalmente, deve particolarizzarsi: l'universalismo vive solo come universalismo contestualizzato o situato.

L'universalismo che qui si postula, dunque, è una forma che comprende, dal lato teorico, una condivisione di valori o principi (un *universalismo essenziale astratto*), e, dal lato pratico, un parziale accordo sull'individuazione di alcune posizioni giuridiche (*universalismi situati*). L'accordo pratico è parziale nel senso che non vi è (necessariamente) perfetta identità nel catalogo dei diritti ma somiglianza: alcuni diritti saranno condivisi, ma potranno avere sfumature differenti, altri diritti saranno più sentiti in certe culture che in altre, ogni cultura presenterà dei propri diritti.

In altre parole, il livello di proclamazione dei diritti vive fondamentalmente solo previa contestualizzazione: si può individuare un "universalismo essenziale concreto", ovvero un nucleo di diritti comuni, ma facilmente essi potranno tradursi in effettive posizioni giuridiche solo dopo che, attraverso, ad esempio, l'operare delle clausole di salvaguardia, sono stati contestualizzati (soprattutto nell'individuazione dei loro limiti).

La formula universalismo situato "copre" poi anche la considerazione che, molto spesso, ed anche nel caso di diritti comuni, i fondamenti e le legittimazioni ad essi sottesi sono differenti, sono parte di storie diverse: il diritto all'assistenza sociale può derivare dal principio di eguaglianza sostanziale o da antiche consuetudine tribali o da regole di condotta finalizzate all'instaurazione di un cosmo armonico, etc.

In questo senso, cioè, – come si vedrà meglio fra poco – è possibile distinguere tre livelli (nell'universalismo dei diritti): *a*) valori o principi; *b*) fondamenti o legittimazioni (dirette); *c*) proclamazione dei diritti. La combinazione prospettata si fonda sulla considerazione che esiste una convergenza (un universalismo) al livello *a*), che porta ad (o rende possibile) una parziale convergenza (universalismo) al livello *c*), anche se il livello

*b*) presenta (anche notevoli) differenze, senza peraltro dimenticare la rilevanza che, soprattutto sul piano interpretativo – sia del livello *a*) che del livello *c*) – esercita il modo di intendere il livello *b*), la sua eventuale strumentalizzazione e, in particolare, l'ipotesi che esso venga utilizzato con una forte vocazione di "identità contrappositiva"<sup>123</sup>.

Tale combinazione o, se si preferisce, l'elaborazione del concetto di "universalismo situato", pare coerente con l'orizzonte giustificativo dei diritti per il quale si è espressa una preferenza, ovvero i diritti come prodotto della storia (storie) e della cultura (culture) umana che il trascorrere del tempo e la condivisione rendono effettivamente universali e stabili.

Conformemente cioè alla ricerca di un fondamento astratto, potenzialmente comune a tutti, così si cerca di costruire una universalità che sia frutto di una condivisione, che sia, dunque, astratta, nel senso di non limitata ad una parte o imposta in nome della fede in una supposta "natura umana" comune, ma anche concreta, ovvero tenga conto del fatto che esistono diverse storie e culture e che è a partire da esse che devono essere individuati i valori (e i diritti) comuni. Si vorrebbe indicare la via per raggiungere una universalità costruita sul "vedo", a tal fine si immagina una procedura (la ricerca dei punti di intersezione fra le culture, in particolare ai livelli *a*) e *c*)) e si tenta di individuare il possibile contenuto dell'intersezione (in direzione di una universalità sostanziale). Si reputa che in tal modo sia possibile costruire una nozione di universalità dei diritti astratta dai "credo" particolari<sup>124</sup> e, in quanto tale, più facilmente condivisibile e condivisa, ma nel contempo non fideisticamente ancorata a concetti presupposti, quale quello di una supposta

<sup>123</sup> Con "identità contrappositiva" si vuole intendere la rivendicazione di una identità con lo scopo precipuo di contrapporsi ad altre identità, nella logica (si vedrà meglio *infra*) dello "scontro di civiltà".

<sup>124</sup> Quali ad esempio il riporre la legittimazione dei diritti nella *shari'a* o nel diritto naturale.

natura umana (ideale)<sup>125</sup>, ma legata alla concreta situazione umana: persone umane uguali, ma anche diverse, “contestualizzate”.

“Universalismo situato”, inoltre, appare come un concetto dinamico, *in progress*, nell’ambito del quale possono modificarsi le contestualizzazioni, ma che, in particolare, se iscritto in un’ottica di storia progressiva (come quella ipotizzata in questo studio) e trasversale<sup>126</sup>, pare tendere verso un accrescimento dell’“universalismo” e una integrazione (come assimilazione reciproca) delle “contestualizzazioni”.

Appare “ragionevole” pensare che se anche per ora è possibile solo un universalismo giuridicamente “debole”<sup>127</sup>, molto simile ad un relativismo giuridico che ha qualche punto di incontro, esso possa essere implementato attraverso procedure di ricerca e anche costruzione di elementi comuni, che la diver-

<sup>125</sup> Oppure, fondata solo sulla razionalità e logica di costruzioni come quella di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit. [per una approfondimento del pensiero dell’Autore, vedi quanto osservato *supra* (parte I, cap. II) e *infra* (parte II, cap. II)].

<sup>126</sup> La storia si definisce trasversale in quanto si può immaginare come tante storie che però non vivono (necessariamente) ciascuna di vita propria e separata, ma possono integrarsi, scontrarsi, incontrarsi, arricchendosi a vicenda; è possibile, cioè, che il “progresso” (con tutte le difficoltà di identificare ciò che è progresso e ciò che non lo è) di una cultura passi ad un’altra, così che l’apporto diverso di ciascuna divenga comune e contribuisca allo sviluppo complessivo dei diritti umani. In argomento vedi, ad esempio, A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., p. 84, che parla di «mescolanza di tradizioni che sottende ai maggiori sviluppi intellettuali nel mondo»; M. KHATAMI, *Religione, libertà e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1999, spec. p. 99, che sostiene l’utilità di utilizzare i «prodotti» positivi dell’Occidente per arrivare alla fase successiva, nell’ottica che «come la civiltà occidentale ha usufruito in larga misura della civiltà islamica, la civiltà islamica dei «tempi d’oro» ha usufruito in larga misura delle civiltà iranica e greca» e così via.

<sup>127</sup> Un universalismo – si può specificare – “debole” nella comunanza, mentre forte è in esso la particolarizzazione; in questo senso tale concetto sembra avvicinarsi a quello di «universalismo reiterativo» di M. WALZER (*Due specie*, cit.) o a quello “negativo” di S. VECA (cfr. *infra*, parte II, cap. II).

sità culturale possa tradursi in un arricchimento reciproco delle rispettive tradizioni di affermazione concreta dei valori<sup>128</sup>.

A tutto ciò, peraltro, è facile muovere un'obiezione: perché di fronte a questi elementi, di identità e di somiglianza, ma anche di diversità, si è coniata l'espressione "universalismo situato" e non si conclude, invece, nel senso dell'impossibilità di contemporare diritti universali e culture (universalità e relativismo culturale), onde, o i primi non esistono, o si impongono come universali<sup>129</sup>, senza tentare una loro costruzione attraverso le culture?

Ora, è ovvio che si tratta di una scelta (sempre assunta con una coscienza "relativista"): tuttavia, appare una scelta motivata non solo da auspici o preferenze personali, ma fondata su alcune considerazioni, oltre che su una fiducia (un "credo" ragionevole) nella storia.

Vi sono, infatti, alcune argomentazioni che militano in favore dell'universalismo: vi è sia una convergenza, se pur parziale e ristretta ad alcuni diritti, nel catalogo dei diritti stessi (nell'ac-

<sup>128</sup> Si preferisce utilizzare la formula "affermazione concreta dei valori" per ricordare che anche il termine "diritti" ha già una sua connotazione ed un significato che non trova riscontro in tutte le culture. A titolo di esempio, si ricorda la difficoltà di tradurre in lingua cinese il vocabolo "diritti dell'uomo"; PIEPER (citato da F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione*, cit., p. 1343, nota 9) riferisce la proposta di renderne il significato ricorrendo ad un'antichissima ammonizione: *il cielo ama il popolo e chi governa deve ubbidire al cielo* (l'Autore, in particolare, ritiene che, al di là delle difficoltà lessicali e del legame dei diritti umani con l'Occidente, comunque, lo spirito dell'espressione sia transculturale).

<sup>129</sup> Una imposizione – si precisa – che non necessariamente è di tipo "imperialista", ma può anche essere "buona", nel senso, ad esempio, indicato da L. FERRAJOLI (*I fondamenti*, cit.), il quale rifiuta le critiche all'universalismo mosse a partire dal relativismo culturale, sostenendo che l'approccio universalistico è il solo che rende possibile il confronto interculturale (p. 317) e che «il costituzionalismo e l'universalismo dei diritti fondamentali... sono la sola garanzia del pluralismo culturale» (p. 345) [sul punto vedi quanto osservato ampiamente *infra* (parte II, cap. II)].

cordo pratico), sia una comunanza di alcuni valori di fondo, pur nella diversità dei fondamenti specifici. È una concezione dell'universalismo, cioè, quella qui proposta che, nel suo tentativo di immaginare una universalità effettiva, non funzionale ad alcuna politica di strumentalizzazione<sup>130</sup> e rispettosa delle uguaglianze e delle differenze, pare supportata dal “vedo”<sup>131</sup>; una via ai diritti universali, in altre parole – piacerebbe poter dire –, non imperialista e non “presuntuosa” (nel senso di considerare taluni valori come propri solo della cultura occidentale).

Ma, occorre chiedersi, tornando al mondo del diritto positivo, questo universalismo situato è compatibile o, meglio, è rappresentato dalla Dichiarazione universale del 1948 o dai Patti Onu del 1966?

Parrebbe di poter rispondere nel senso che tali atti *possono* integrare il nucleo essenziale comune – l'universalismo astratto, ma anche i diritti specifici che ne derivano, che sono condivisi da tutti (l'universalismo essenziale concreto)<sup>132</sup> – ma che, a tale scopo, devono essere, anche concettualmente, deconte-

<sup>130</sup> Ovvero, si tratta di un universalismo che vuole sfuggire sia ai pericoli di una universalità strumentalizzata dalle grandi potenze sia ai rischi di un relativismo culturale strumentalizzato da regimi oppressivi per giustificare violazioni dei diritti umani (cfr., ad esempio, per una considerazione di ambedue i rischi, WALID SAYF, *Diritti dell'uomo e ritorno alle origini dell'Islam*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam*, cit., p. 75).

<sup>131</sup> Ciò, con la precisazione che il “vedo” – occorre ammettere – viene letto in modo che si vorrebbe definire ottimista, ma non ingenuo (come si spera emerga dalle considerazioni svolte in precedenza e da quelle che seguiranno, in particolare, sulle ambiguità e sul “volto cattivo” dei diritti), con gli occhi di chi crede certo non facile, ma possibile, costruire un “mondo migliore” o, quantomeno, immaginare la via “migliore” (e nel contempo ragionevole) per costruirlo.

<sup>132</sup> Universalismo essenziale concreto – si ricorda – che si traduce in maniera maggiore o minore in effettive prescrizioni universali a seconda della presenza e della pregnanza delle clausole di salvaguardia, previste in generale o a livello di proclamazione del singolo diritto (“nei limiti della legge” o “conformemente alla *shari'a*”).



stualizzati dall'*humus* "occidentale", ovvero da quegli elementi che li rendono espressione di *un* universalismo situato<sup>133</sup>.

Precisato ciò, si potrebbe anche chiedersi: c'è un motivo per "tenere" come universali i diritti del 1948? Forse sì<sup>134</sup>, perché ormai, grazie anche ai documenti successivi o alle possibilità interpretative, al fatto che sono stati recepiti dalla maggioranza degli Stati del mondo, sono in grado di integrare – con una minima decontestualizzazione – il nucleo universale; sempre che le più recenti strumentalizzazioni (ingerenza umanitaria)<sup>135</sup> non lo renda impossibile.

<sup>133</sup> In questo senso appare condivisibile quanto sostenuto da J. HABERMAS, *Legittimazione*, cit., pp. 228-229, secondo il quale «la concezione dei diritti umani deve liberarsi della zavorra metafisica di una concezione aprioristica dell'individuo, vale a dire di una concezione che veda l'individuo entrare nel mondo come una "datità" fornita di diritti innati (che prescindono da qualsiasi socializzazione)», con la conseguenza così di far cadere «la tesi "occidentale"» e «la necessità di una antitesi "orientale"», svuotando automaticamente dall'interno «la disputa tra "individualisti" e collettivisti». La riduzione dell'impostazione individualistica occidentale avviene – argomenta Habermas – accogliendo l'idea dell'«unità»incipite dei processi di individuazione e socializzazione»: l'individualismo possessivo, infatti, «dimentica che ogni pretesa giuridica individualmente azionabile può in realtà soltanto *derivare* da norme che siano già state, *in precedenza e intersoggettivamente*, riconosciute dalla comunità giuridica»; se «è vero che i diritti soggettivi sono in dotazione alle singole persone giuridiche... è anche vero che lo status di persona giuridica – quale titolare di questi diritti soggettivi – si forma soltanto nel contesto di una comunità poggianti sul riconoscimento reciproco dei membri liberamente associati».

<sup>134</sup> Anche se non si nasconde che, idealmente, sarebbe preferibile riscrivere un catalogo dei "diritti" (e doveri), con un procedimento decisionale dal basso (non in mano agli Stati) e inter-culturale, onde allontanare lo spettro dell'imperialismo e della supposizione della superiorità della cultura occidentale che, come visto, ha accompagnato sin dalle origini i diritti dell'uomo.

<sup>135</sup> Sul punto, si rinvia *infra*; si ricordino solo ora, per tutti, le parole di L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., che, trattando dell'ipotesi in cui la tutela dei diritti umani sia invocata per giustificare la guerra, sottolinea come «i diritti fondamentali... rischiano di screditarsi come la parola d'ordine di un nuovo fon-

Di questo, però, si dirà in seguito, per ora pare utile soffermarsi sull'analisi di alcune tesi interpretative proposte in ordine al rapporto culture-diritti universali o inerenti al modo di intendere la configurazione di valori o principi comuni (il livello *a*)), la presenza di fondamenti differenti (il livello *b*)), la realizzazione o realizzabilità di un accordo pratico (il livello *c*)); questioni che si intrecciano con quelle legate alla controversa risoluzione di alcuni, grandi e piccoli, casi concreti nei quali si scontrano pretese culturali e proclamazioni universali. Fino a che punto rispettare le prescrizioni di tipo socio-culturale? Esistono dei limiti – e, in caso affermativo, quali – alla tolleranza? Quando pretendere il rispetto dei diritti “universali” diviene imposizione di una cultura?

damentalismo che contrappone l'Occidente al resto del mondo secondo la stessa logica identitaria delle guerre etniche: da un lato l'Occidente, dall'altro il mondo restante cui l'Occidente pretende d'imporre con la violenza i propri valori» (p. 334).

Forse però la tendenza più recente mira a sostituire la funzione di “copertura” assolta dai diritti umani, con il terrorismo o, più in generale, con la figura del “cattivo” (Stato o singola persona): la paura e un nemico incarnante il “Male” forse esercitano maggior presa sull'opinione pubblica che non le “buone” azioni.

## CAPITOLO SECONDO

### DELLE IDEE SUI RAPPORTI FRA DIRITTI UNIVERSALI E CULTURE E, IN PARTICOLARE, DEI TENTATIVI DI INDIVIDUARE UN *QUID* COMUNE

SOMMARIO: II.1. Gli estremi dell'“omogeneità transculturale” e dello scontro. – II.2. Dell'omogeneità a-culturale. – II.3. Del nucleo comune del e nel pluralismo. – II.3.1. Il quid comune delle religioni. – II.3.2. Il minimo comun denominatore delle culture: da Erodoto ai filosofi contemporanei. – II.3.3. In particolare: sulla sostanza del nucleo comune. – II.4. Verso un approdo

La relazione fra diritti universali e culture è, per così dire, un “grande” tema, ovvero una questione che può essere affrontata da molte angolature, suscettibile di ricostruzioni differenti ed anche opposte, di grande attualità e di difficile risoluzione nella realtà; tentando di “mettere ordine” fra alcune delle tesi proposte (da intendersi citate a titolo di esempio quasi “casuale”<sup>1</sup>), sembra di poter muovere da due poli opposti, rappresentanti due filoni interpretativi che si potrebbero definire “essenziali”: quello dell'“omogeneità transculturale” e quello dello scontro.

<sup>1</sup> Con l'espressione “casuale” si intende sia che le teorie ricordate non sono necessariamente esemplari (nel senso di modello “migliore”) rispetto al filone interpretativo nel quale possono essere situate sia che esse non esauriscono l'indicazione dei possibili orizzonti interpretativi.

## II.1. *Gli estremi dell'“omogeneità transculturale” e dello scontro*

Nel primo caso (“omogeneità transculturale”) si sostiene che le differenze culturali a ben vedere non esistono (o comunque non sono tali da revocare in dubbio la presenza di valori comuni) e da ciò si deduce l'esistenza di diritti universali, sorvolando sulle differenze al livello *b*) (fondamenti) e insistendo sull'omogeneità dei valori al livello *a*), da cui deriva la convergenza al livello *c*) (singoli diritti); nel secondo caso (dello scontro), invece, si ritengono le differenze culturali – per ragioni che vengono prospettate come ad esse intrinseche, ma anche semplicemente storiche – inevitabilmente in opposizione, con la conseguenza che immaginare diritti universali è molto arduo perché prevale la loro lettura come strumento di egemonia (dunque, difficile accordo al livello *c*) e/o perché si considerano incompatibili i valori di fondo (livello *a*)<sup>2</sup>.

Quali esempi di tali interpretazioni si possono citare le teorie, da un lato, di Amartya Sen, e, dall'altro, di Samuel Huntington.

L'economista indiano – come già detto<sup>3</sup> – argomenta, ad esempio, l'esistenza dei «valori di libertà e tolleranza» sia nella tradizione occidentale che in quella asiatica (così come in ambedue rileva la presenza di posizioni contrarie a tali valori)<sup>4</sup> e, in generale, ritiene che i diritti umani si fondino sulla «umanità condivisa», siano riconosciuti ad ogni persona «in quanto essere umano», trascendendo «la «legge locale e la cittadinanza»<sup>5</sup>. Sen postula, cioè, una comunanza e una trasversalità dei valori, ovvero una convergenza fra le varie culture, pur senza dimenticare l'importanza del riconoscimento delle diversità<sup>6</sup>, viste pe-

<sup>2</sup> Per la distinzione fra i vari livelli, si rinvia *supra*, parte II, cap. I, par. I.3.

<sup>3</sup> Si rinvia alle varie citazioni dell'Autore riportate *supra* (parte II, cap. I).

<sup>4</sup> Cfr. A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. p. 88.

<sup>5</sup> A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. p. 164.

<sup>6</sup> In questo senso la tesi di Sen pare distante da quella di chi, nel preconizzare la «fine della storia» – per tutti si ricorda in argomento il noto F. FUKUYA-

raltro non tanto, per così dire, a livello “macro” (cultura occidentale, valori asiatici, tradizioni africane, etc.), ma a livello “micro”, ovvero interno alle diverse culture<sup>7</sup> (intese come “macro-culture”).

Huntington, invece, muove dall’idea che «nel mondo che sta nascendo, i rapporti tra stati e gruppi appartenenti a civiltà diverse non saranno stretti e avranno spesso carattere antagonista», soprattutto quelli «tra le società musulmane e asiatiche da un lato e quella Occidente dall’altro»<sup>8</sup>; lo scontro riguarda

MA, *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992 –, immagina una universalizzazione della cultura liberaldemocratica di matrice occidentale, tappa finale «della Storia intesa come processo evolutivo unico e coerente» (p. 10), anche se non necessariamente integrante uno stadio «soddisfacente» (cfr. in sintesi, spec. p. 20) per tutti gli uomini.

L’ipotesi della trasversalità di alcuni valori segna anche la distanza rispetto all’impostazione di chi riconosce che i valori della civiltà occidentale (nel caso specifico, in particolare, il costituzionalismo garantista e la democrazia) che si affermano come universali «non sono tali» e non possono essere «imposti», ma solo «proposti», «perché, nella competizione tra le idee e tra i diversi valori esistenti al mondo possano... essere liberamente accettati «dagli altri», in quanto ritenuti «migliori» anche da costoro» (A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003/3, p. 902); la prima ipotesi è più chiara nel fugare ogni possibile sottinteso riferimento alla superiorità di una cultura, in grado, più di altre, di elaborare valori.

Di A. SEN, sul tema in questione, cfr. anche, da ultimo, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un’invenzione dell’Occidente*, Mondadori, Milano, 2004.

<sup>7</sup> Cfr. A. SEN, *Laicismo indiano*, cit., spec. p. 165.

<sup>8</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 265. L’Autore distingue, quanto allo scontro di civiltà, come visto da una prospettiva occidentalocentrica, tre livelli di probabilità e intensità: «con le civiltà antagoniste, Islam e Cina, l’Occidente avrà probabilmente rapporti costantemente tesi e spesso fortemente conflittuali», «i rapporti con America latina e Africa, civiltà più deboli e più direttamente influenzate dall’Occidente, registreranno un livello di conflittualità di gran lunga inferiore, soprattutto nel caso dell’America latina» e, infine, «i rapporti tra Occidente e Russia, Giappone e India occuperanno probabilmente una posizione intermedia» e saranno «oscillanti» tra l’Occidente e le civiltà sinica e islamica (*ivi*, p. 267).

anche i diritti umani, ai quali l'Occidente (e, in esso, *in primis* gli Stati Uniti) vogliono convertire i popoli non occidentali: ma «quello che per l'Occidente è universalismo, per gli altri è imperialismo»<sup>9</sup>.

La contrapposizione frontale tra culture è – nella costruzione del politologo statunitense – in parte, ancorata a caratteristiche intrinseche alle culture stesse, fra le quali, pur tuttavia, esiste «a un livello minimo di moralità «debole», qualche comunanza»<sup>10</sup> e, in parte, legata al contesto storico, alla «fede occidentale nella validità universale della propria cultura»<sup>11</sup>, che porta a crociate per convertire «i popoli non occidentali» «ai valori occidentali della democrazia, del libero mercato, del governo costituzionale, dei diritti umani, dell'individualismo, dello stato di diritto»<sup>12</sup>. In proposito, al di là del giudizio nei con-

<sup>9</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 266, dove, fra l'altro, è sottolineata la perdurante tendenza dell'Occidente a «preservare la propria posizione di preminenza» e a «difendere i propri interessi identificandoli con quelli della “comunità internazionale”».

<sup>10</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 477; l'Autore ricorda anche il ruolo giocato dalle religioni, le quali hanno provocato divisioni, ma «hanno anche degli importantissimi valori in comune» (*ibidem*).

<sup>11</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 462. Huntington ritiene «falsa», «immorale» e «pericolosa» la pretesa dell'Occidente di rappresentare una cultura universale e assume la «non veridicità» di tale pretesa come «la tesi centrale» del suo studio (*ibidem*). Ora, se si può concordare con il fatto che la cultura occidentale non sia *tout court* universale, non convince la considerazione che «l'imperialismo è l'inevitabile corollario dell'universalismo»: a parte che l'affermazione pare più convincente se si invertono i termini (l'universalismo utilizzato come strumento dell'imperialismo), l'Autore trascura la possibilità di rintracciare dei valori comuni all'interno delle culture, di costruire un universalismo transculturale (vedi in proposito anche quanto si osserverà *infra*). In altre parole la cultura occidentale, senza dubbio, non è universale, ma non è detto che i valori che essa afferma come propri, siano di sua esclusiva appartenenza.

Sostenere l'universalità dei propri valori senza dubbio può essere considerato una forma di imperialismo, ma, forse, espressione “suprema” di imperialismo è sostenere che certi valori (implicitamente: quelli migliori) sono (solo) occidentali.

<sup>12</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 266.

fronti delle crociate, delle guerre giuste e similari, non si può non vedere una presunzione di fondo nel ritenere, perlomeno alcuni, dei valori elencati, «occidentali».

L'analisi di Huntington non convince o, meglio, pare una tesi strumentale rispetto alla costruzione di una egemonia occidentale<sup>13</sup>: si insiste sulle differenze e si sfruttano le stesse al fine di assicurare la supremazia occidentale<sup>14</sup>.

Innanzitutto, in generale, l'impostazione della lettura della realtà a senso unico, in termini di identità culturali e conflitti etnici, misconosce la rilevanza di elementi fondamentali nei rapporti politici fra Stati ed aree, quali gli interessi economici (più che degli Stati, dei potentati economici, spesso trasversali rispetto ad essi e, comunque, in grado di influenzarne la politica)<sup>15</sup>. L'Autore enfatizza il «peso crescente che la cultura sta acquisendo sullo scenario politico mondiale», l'immagine di «un mondo nel quale le identità culturali – etniche, nazionali, religiose, di civiltà – hanno un ruolo fondamentale e in cui le affinità e differenze culturali determinano alleanze, antagonismi e

<sup>13</sup> E, comunque, di sicuro, molto lontana dalla volontà di costruire un universalismo «paritario».

<sup>14</sup> In questa prospettiva, ad esempio, S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 302, suggerisce che l'Occidente «utilizzi con sagacia e abilità l'arma delle proprie risorse economiche», «rafforzi la propria unità...», «fomenti e sfrutti a proprio vantaggio le differenze tra le nazioni non occidentali».

<sup>15</sup> Cfr., tra chi rileva come il paradigma interpretativo del conflitto di civiltà debba essere integrato con altri modelli, recentemente, L. LEANTE, *Il contagio occidentale e lo scontro delle civiltà*, in *il Mulino*, gennaio-febbraio 1998, spec. pp. 21-22, il quale, ricorda, ad esempio, il «modello integrazionista, che implica lo schema democrazia/autoritarismo e quello delle guerre commerciali e geo-economiche che si sviluppano nel mercato mondiale e nel villaggio globale». L'Autore, fra l'altro, evidenzia come molti conflitti «dietro le motivazioni «culturali» e di civiltà, nascondono spesso interessi più materiali degli stati e dei gruppi di potere nazionali e multinazionali» e come molti «sono conflitti all'interno di una stessa civiltà», anche se ciò – prosegue – non deve indurre a trascurare il fatto che gli stati «non usino più la retorica dell'ideologia..., ma usino la «retorica» della civiltà e della religione» (*ivi*, pp. 22-23).

orientamenti politici degli stati»<sup>16</sup>: un'interpretazione che pare o ingenua (la diversità culturale è un'arma potente, ma in genere ha una funzione logistica di supporto rispetto all'economia, o alla politica) o funzionale alla costruzione di una egemonia (la minaccia di "invasione", o anche la sola presenza, di qualcuno che è "diverso", compatta e facilmente produce vincitori e vinti, anche senza che si addivenga necessariamente allo scontro "fisico")<sup>17</sup>.

In secondo luogo, la stessa lettura in termini culturali ed etnici pare a senso unico, fortemente "occidentalocentrica": lo scontro delle civiltà è immaginato in realtà come uno scontro fra la Civiltà e altre "civiltà", in termini (ancora una volta) funzionali all'instaurazione (o conservazione) dell'egemonia occidentale. Huntington sostiene che «la sicurezza del mondo richiede l'accettazione del pluralismo culturale su scala mondiale» e che «un mondo multiculturale è inevitabile», ma anche che «la preservazione degli Stati Uniti e dell'Occidente richiede una rinascita dell'identità occidentale», postula il mantenimento del «carattere peculiare della cultura occidentale»<sup>18</sup>.

Il multiculturalismo mondiale si presenta come un concetto stretto fra uguaglianze ideali e rapporti di potere reali: da un lato, si richiede «una maggiore uguaglianza tra le varie ci-

<sup>16</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 460; vedi anche il passo nel quale l'Autore sottolinea come «il quadro politico mondiale sta attraversando un processo di ridefinizione culturale... Gli schieramenti nati dal credo ideologico e politico delle due superpotenze stanno cedendo il passo a schieramenti determinati da concetti quali cultura e civiltà» (*ivi*, p. 177). Cfr. peraltro, anche, in senso più "realistico", il passo in cui Huntington, dopo avere trattato della guerra del Golfo come della «prima guerra tra civiltà dell'epoca post-Guerra fredda», osserva come la posta in gioco era stabilire il controllo delle riserve petrolifere (*ivi*, p. 373).

<sup>17</sup> In questo senso, l'enfatizzazione delle differenze fra le civiltà può essere funzionale, ad esempio, all'imposizione ed espansione di un sistema (potere) economico.

<sup>18</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 474.



viltà»<sup>19</sup>, dall'altro, l'attenzione è rivolta soprattutto – come già detto – alla preservazione dell'identità occidentale, quando non ad una sua egemonia, pur nel mantenimento delle differenze. Ipotizzando una riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ad esempio, l'Autore considera «soluzione ideale», «ben rappresentativa della distribuzione della popolazione, della ricchezza e del potere oggi esistente al mondo»<sup>20</sup>, l'attribuzione a sette civiltà di un seggio permanente ciascuna e all'Occidente di due<sup>21</sup>.

Non è un mondo, quello prospettato, multiculturale aperto, ovvero transculturale (in una prospettiva di universalismo situato)<sup>22</sup>, ma un mondo multiculturale a compartimenti stagni, potenzialmente pericolosi se vengono in contatto e, fra i quali, di uno soprattutto si interessa l'Autore, insistendo sulla necessità che preservi la propria identità.

<sup>19</sup> Riconoscendo, peraltro, che ciò «non sarà facile per l'Occidente o per quelle civiltà che potrebbero aspirare ad affiancarsi o a sostituirsi ad esso nel suo ruolo dominante» (S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 472).

<sup>20</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 474. La soluzione proposta, peraltro, non appare particolarmente rispettosa del principio di uguaglianza, la quale, se in parte viene implementata, in altra parte soccombe di fronte alla traduzione a livello istituzionale dei «reali» rapporti di forza tra le civiltà e alla elaborazione di un progetto che non intende sminuire l'egemonia occidentale considerando l'Occidente una civiltà alla pari con le altre.

<sup>21</sup> In specifico, Huntington immagina quali membri permanenti Stati Uniti, Unione europea, Russia, Cina, Giappone, India e altri tre membri permanenti scelti in rappresentanza delle rispettive civiltà, ad esempio, dall'Organizzazione della Conferenza Islamica, dall'Organizzazione dell'Unità Africana e dall'Organizzazione degli Stati Americani (con l'astensione degli Stati Uniti) [S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., spec. p. 473].

<sup>22</sup> O in una prospettiva, come quella proposta da S. LATOUCHE (*L'Islam e la sfida dell'«altra» mondializzazione*, in *Dem. dir.*, 2003/4, p. 102) di «pluriversalismo»: ovvero di una «democrazia delle culture», «nella quale ciascuna di esse conserva la sua legittimità, se non tutto il suo posto», come alternativa ad una «cultura dell'universale», che – afferma l'Autore «non esiste», e ad una globalizzazione liberista occidentale o islamica.

Huntington poi giudica «inevitabile» «un mondo multiculturale»<sup>23</sup> e «inconcepibile» la creazione di un «impero planetario», ritenendo che l'«universalismo su scala mondiale» costituisca una minaccia per l'Occidente e per il mondo, e, contemporaneamente, richiede l'eliminazione delle differenze culturali interne, in vista della costruzione di una forte «identità occidentale»<sup>24</sup>; viene sostenuta, in altri termini, l'idea di un «multiculturalismo interstatale» o «interarea» e un «monoculturalismo statale o di area».

Solo in chiusura Huntington profila, allo scopo di mantenere la pace in un mondo multiculturale<sup>25</sup>, la «regola delle comunanze», ovvero «la ricerca di quanto c'è di comune alla gran parte delle civiltà» al fine di giungere ad «una coesistenza culturale»<sup>26</sup>.

Rafforzamento delle identità e ricerca delle «comunanze»: pare un binomio che difficilmente può riuscire ad implementare entrambi i suoi termini, i quali, più facilmente, giungono ad una collisione (se si insiste sulle specificità della propria cultura, è più probabile che emergano le differenze rispetto alle altre culture, piuttosto che gli elementi condivisi).

Rimane, inoltre, ambiguo il concetto di universalismo: da un lato, esso è inteso come sinonimo di imperialismo occidentale – con una lettura in parte anche realistica e storica, ma in parte (si è detto) occidentalocentrica e presuntuosa –, quasi che l'unico universalismo possibile sia quello basato sui valori

<sup>23</sup> «La sicurezza del mondo richiede l'accettazione del pluralismo culturale su scala mondiale» (S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 474).

<sup>24</sup> «Il pluralismo culturale interno minaccia gli Stati Uniti e l'Occidente» (S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 474).

<sup>25</sup> Oltre la regola citata nel testo, l'Autore propone anche quella dell'astensione («gli stati guida si astengono dall'intervenire in conflitti interni ad altre civiltà») e quella della mediazione congiunta (gli stati guida negoziano gli uni con gli altri per contenere o porre fine ai conflitti fra stati appartenenti alle rispettive civiltà) [S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 472].

<sup>26</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 475.

«occidentali»<sup>27</sup>, mentre, dall'altra, si affaccia l'idea di un universalismo costruito a partire dalle comunanze<sup>28</sup>, dal quale potrebbe nascere la «Civiltà al singolare», che «fa presumibilmente riferimento a un complesso di livelli superiori di moralità, religione, cultura, arte, filosofia, tecnologia, benessere materiale e altro ancora»<sup>29</sup>.

## II.2. *Dell'omogeneità a-culturale*

Oltre le tesi – quali quelle di Sen e di Huntington – che si possono situare, per così dire, ai lati estremi, vi sono innumerevoli ipotesi interpretative situate lungo il *continuum* da un polo all'altro. Fra tali tesi, è opportuno spendere alcune parole per quelle che, in vario modo, si avvicinano all'estremo della “omogeneità transculturale”<sup>30</sup>, in quanto negano l'esistenza di

<sup>27</sup> Per cui, ad esempio, si afferma: «in un mondo a più civiltà, l'unica strada costruttiva è rinunciare all'universalismo, accettare la diversità e cercare le comunanze» (S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 475).

Fra chi, pur criticando sotto più profili la tesi di Huntington, ritiene «unica» la civiltà occidentale, cfr. L. LEANTE, *Il contagio occidentale*, cit.: essa «resta l'unica universalmente attraente e intrinsecamente onnipervasiva», inducendo «trasformazioni autonome delle culture locali» (p. 23), diffonde «la sua «peste» del mercato e dell'individualismo», nonché «il suo dubbio, il suo relativismo, il suo “politeismo dei valori”», possiede un carattere aperto e, proprio perché non si presenta «come un contenuto «universale», ... è l'unica universalmente attraente e potenzialmente planetaria» (p. 32); l'Occidente-«società dei diritti (individuali)» si contrappone alle «società dell'arbitrio e del dispotismo collettivista» (p. 28).

<sup>28</sup> «Se l'uomo riuscirà mai a sviluppare una civiltà universale, questa emergerà gradualmente mediante l'esplorazione e l'espansione di questi valori comuni» (S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 477).

<sup>29</sup> S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà*, cit., p. 477.

<sup>30</sup> Fra le tesi, invece, più vicine a quelle fondate sulla categoria dello “scontro” culturale, si possono annoverare quelle che insistono sugli elementi di differenziazione fra le culture, sulla loro distanza, pur in un'ottica più “ottimista”: più si restringe o si reputa maggiormente difficoltosa l'individuazione

sostanziali differenze culturali, ma, nel contempo, se ne distaccano, perché assumono una prospettiva non transculturale (e onniculturale), ma *a-culturale*, intendendosi con tale espressione non la ricerca oltre le culture del *quid* comune, ma la mancanza di considerazione delle culture. Si tratta delle tesi che negano o misconoscono i fattori culturali e fondano l'universalità dei diritti non culturalmente, contestualizzando, ovvero ricercando il loro fondamento e la loro essenza quale intersezione e convergenza fra le culture, ma deducono i diritti universali da una supposta "essenza umana" universale (e/o logicamente). Sono teorie fondate su una percentuale molto alta di "credo", anche se l'oggetto di "fede" è vario e può avere più o meno pretese di scientificità (e/o logicità): si pensi, ad esempio, alla concezione che costruisce i diritti universali quali dote di una natura umana comune<sup>31</sup>, la quale, a sua volta, può essere concepita in un orizzonte giusnaturalista, religioso o scienista. La

del nucleo comune più ci si avvicina all'ipotesi di Huntington (anche se non necessariamente si postula uno scontro, ma magari l'impossibilità di interscambio fra compartimenti stagni o, anche solo, la difficoltà dell'incontro); ad esempio, fra chi sottolinea le diversità, cfr. G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani*, cit.: «le condizioni socio-culturali (filosofiche e religiose), i presupposti giuridico-politici e, non ultimi, i fattori materiali, differiscono sensibilmente dall'Asia all'Africa, all'Europa e alle due Americhe, per effetto sia della realtà presente, sia di tradizioni estese a qualsiasi settore», «in ognuno dei 160 Stati del mondo esist[on]o sensibilità distanti l'una dall'altra» (p. 140; cfr. anche spec. p. 151); o, L. BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., il quale rileva le differenze presenti nelle carte dei diritti «che fanno riferimento ad aree geografiche a lungo rimaste estranee alla cultura illuministico-liberale»: «la lettura di tali carte mostra una significativa influenza delle tradizioni sul modo in cui il linguaggio dei diritti viene recepito, un modo che risulta *difficilmente conciliabile* con il classico individualismo liberale» (pp. 206-207; corsivo nostro).

<sup>31</sup> In argomento si rinvia alle tesi ricordate in precedenza (parte I, cap. II, spec. par. II.2.1), cui *adde*, ad esempio, con specifico riferimento al fatto che i diritti sono «propri della natura umana come tale» e non sono un «prodotto» delle culture (pur potendone essere influenzati), A. PACINI, *Introduzione*, cit., p. 4.

natura umana, cioè, può essere concepita come dotata di determinate caratteristiche ed “uguale” in virtù della legge naturale<sup>32</sup>, o perché deriva da una condivisa origine divina (un Dio che crea gli uomini a sua immagine<sup>33</sup>), o in quanto così postula la scienza («la sola istanza intellettuale che giustifica l’universalizzazione è la scienza, perché solo per la scienza in fondo noi siamo uguali...»)<sup>34</sup>. Riguardo a quest’ultimo orizzonte, peraltro, anche chi – come Lombardi Vallauri – lo considera «la forma culturale più propizia ai diritti umani»<sup>35</sup>, osserva come in realtà lo scientismo, se garantisce una universalità, non risolve però il problema del fondamento dei diritti e dell’identificazione della persona<sup>36</sup>, e come, in particolare, risulta «impossibile» o «catastrofico» universalizzare i diritti dell’uomo, «se l’uomo in questione è l’individualista possessivo o il consumista», il modello di uomo che in genere è accoppiato all’universalismo scienziasta<sup>37</sup>. L’Autore introduce, quindi, il concetto di «uomo pleromatico», colui che vuole i «beni veri», ovvero quelli «*non esclusivi*»<sup>38</sup>, quale titolare dei diritti, in modo da comprendere «sia l’universalità transculturale, che è l’apporto proprio della

<sup>32</sup> Sul tema, vedi ampiamente *supra*, parte I, cap. II, spec. par. II.2.1.

<sup>33</sup> ... oppure la comune origine degli uomini da Adamo o dal sogno di Dio (parte I, cap. I, par. I.1).

<sup>34</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell’uomo*, cit., p. 162.

<sup>35</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti*, cit., p. 81.

<sup>36</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell’uomo*, cit., spec. p. 162-164; cfr. anche ID., *Universalità dei diritti*, cit., p. 84: «lo scientismo può fondare l’universalità dei diritti ma non i diritti stessi», «lo scientismo può giustificare la parità dei diritti, non la loro esistenza»: «tutti gli stessi diritti; ma non si sa quali – forse nemmeno *se* – diritti».

<sup>37</sup> In questo senso, cioè, «una stessa cultura, lo scientismo, è la sola universalista e consente, o addirittura sponsorizza, un modello di sviluppo non universalizzabile» (L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti*, cit., p. 83).

<sup>38</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell’uomo*, cit., p. 166, cui *adde* quanto osservato in precedenza (parte I, cap. II), laddove, fra l’altro, si è ricordato come l’Autore identifica i «beni» in questione in quelli «del corpo, della mente e della relazione affettiva».

cultura scienista, sia la profondità dell'umano, che sola (ma pienamente) giustifica i diritti»<sup>39</sup>.

In queste prospettive, comunque sia, in via di principio, i diritti non sono costruiti, ma dati, e, facilmente, quindi, non sono oggetto di consenso, ma, nel caso in cui non siano "creduti", vengono imposti.

Una impostazione che esplicitamente intende prescindere dall'elemento del consenso è anche quella di Luigi Ferrajoli; l'universalità dei diritti è fondata su un "credo" logico, rappresenta un'implicazione razionale legata all'identificazione, in un orizzonte assiologico, dei quattro criteri utili a qualificare i diritti che «*devono essere*» fondamentali: il nesso fra diritti fondamentali e uguaglianza, quello fra diritti fondamentali e democrazia, la loro correlazione con la pace e il loro ruolo quali leggi del più debole<sup>40</sup>.

Questa universalità logica, strutturale rispetto al concetto di diritti fondamentali, è "data" e rappresenta un *prius* rispetto a qualsivoglia confronto fra culture o approccio multiculturale. Ciò non significa che l'universalismo logico sia incompatibile con il relativismo culturale, anzi, secondo Ferrajoli, esso costituisce la via migliore, o anche l'unica, per garantire la pluralità delle culture: l'universalità però è del tutto indipendente dalla culture<sup>41</sup>. A parere dell'Autore, infatti, un approccio che muo-

<sup>39</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti*, cit., p. 85. Quanto all'«universalità transculturale», sembra di poter sostenere che in tal caso l'Autore intenda una universalità non "attraverso" le culture, ma "al di là" delle stesse, astraendo da esse (in modo a-culturale?).

<sup>40</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., pp. 298 ss.; sul concetto di diritti fondamentali di Ferrajoli, si rinvia anche a quanto osservato *supra* (parte I, cap. II, spec. par. II.1.2).

<sup>41</sup> Non solo l'universalismo dei diritti non è «non auspicabile perché in contrasto con il multiculturalismo», ma favorisce quest'ultimo ed anzi «è il solo che lo rende possibile»: i classici diritti di libertà, ad esempio, «garantendo l'uguale valore e dignità di tutte le persone quali che siano le loro differenti identità culturali, equivalgono infatti ad altrettanti diritti di ciascuno alla propria identità irriducibilmente differente» (L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 317).

ve dal multiculturalismo e dal relativismo culturale, non solo non “serve” per fondare (costruire e/o legittimare) l’universalità, ma incorre in «tre ordini di fallacie»: di tipo metaetico, giuridico e metagiuridico.

La prima fallacia consiste nella considerazione che «paradossalmente il relativismo culturale è viziato da un eccesso estremistico di universalismo che segnala una fallacia naturalistica: la derivazione, dal riconoscimento di fatto della pluralità e diversità delle culture, della tesi etica e normativa del loro uguale valore», con la conseguenza che il relativismo culturale viene ad essere l’«equivalente antropologico del relativismo morale, ossia di una dottrina etica inconsistente logicamente ancor prima che eticamente», il cui esito è «l’accettazione di qualunque cultura..., e quindi da un lato la dissoluzione del valore di tutte le culture, dall’altro la loro separazione e segregazione come culture antagoniste e non comunicanti»<sup>42</sup>.

A ciò si può obiettare che non necessariamente il relativismo culturale si traduce nella perdita di valore di tutte le culture e nella loro opposizione; del relativismo culturale si può anche assumere una interpretazione “costruttiva”<sup>43</sup>, cercando ad esempio in culture diverse le convergenze e le somiglianze intorno ad alcuni valori, così da conferire ad essi universalità e forza. In tal modo il relativismo culturale non conduce all’accettazione di qualsivoglia valore, privando così il termine stesso di ogni connotazione valutativa (come quella implicitamente e comunemente intesa come “positiva” sottesa all’espressione “valore”), ma ad una tutela, per così dire, “rafforzata” di alcuni valori (i valori condivisi). La prospettiva del confronto costruttivo, teso alla ricerca di un (eventuale) comunanza, consente inoltre di immaginare i rapporti fra culture non necessariamente in termini di non comunicazione e antagonismo, ma di collaborazione, integrazione e arricchimento reciproco.

<sup>42</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., pp. 340-341.

<sup>43</sup> Adottando, per così dire, una prospettiva di ricerca e abbandonando una lettura in termini rigorosamente logici.

In particolare, poi, ove fra i valori condivisi vi siano quelli del pluralismo e/o della tolleranza e, contemporaneamente, quello della dignità della persona umana, la garanzia della pluralità delle culture si accompagna ad una loro connotazione in senso prescrittivo, ovvero il rispetto di ogni cultura coesiste con il rispetto da parte di ogni cultura di alcuni valori<sup>44</sup>. La contraddizione della nozione, che da ciò deriva, di un “pluralismo vincolato” – o, se si vuole, di una tolleranza non tollerante o, forse meglio, limitata, “chiusa” – si stempera se si osserva che, in sostanza, la limitazione non è esterna, ma interna alle culture (una auto-limitazione), come emerge se si richiama la distinzione fra piano dei valori e piano dei fondamenti.

Facilmente una cultura viola o non rispetta i principi universalmente accettati non in sé, ma in quella particolare estrinsecazione storica: ad esempio, la cultura di matrice occidentale pur annoverando fra i suoi principi la dignità umana, ha presentato storicamente prescrizioni schiaviste o teorizzazioni dell'*apartheid* o del genocidio. In tale ipotesi sostenere che la garanzia del pluralismo non implica accettazione di quella cultura (con quei connotati storici) non è una contraddizione e non revoca, fra l'altro, in dubbio l'universalismo: deboli o nulli saranno i fondamenti diretti dei (di alcuni) diritti universali e la loro effettività storica, ma, fintantoché fra le matrici (in quel momento disattese) di quella cultura è ancora possibile rintracciare la presenza dei valori condivisi, non correrà il rischio di passare per imperialista o anti-pluralista chi si richiami ad essi per implementarli e, in ipotesi, abbandonare quelle prescrizioni contestualizzate che paiono allontanarsi da essi<sup>45</sup>. Tutto ciò

<sup>44</sup> In tal modo è possibile garantire il pluralismo, ma anche evitare di accettare, in quanto oggetto della tutela del pluralismo stesso, culture come quella nazista (diversamente da quanto conclude L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 341).

<sup>45</sup> Se, invece, da un confronto fra, per così dire, le “matrici” culturali, emergessero valori e principi inconciliabili, allora non si potrebbero dare per esistenti dei diritti universali, ma si potrebbe semplicemente postulare (non la



senza nascondersi le difficoltà di distinguere in concreto fra matrice culturale, cultura storica, valori “oscurati” ma esistenti, inesistenza di determinati valori, appartenenza al piano dei valori o a quello dei fondamenti, etc.

Quanto alla seconda «e più grave fallacia», di tipo giuridico, riguarda essenzialmente la falsità della considerazione che «le norme sui diritti fondamentali suppongano di fatto la loro condivisione morale... anche solo dalla maggioranza»<sup>46</sup>; oltre che ad essere falsa, inoltre, «l'idea che tutti o anche solo la maggioranza *debbero* condividere i valori espressi dai diritti fondamentali è» – aggiunge Ferrajoli – «una tesi assiologica profondamente illiberale»<sup>47</sup>.

L'Autore distingue il livello giuridico, nei cui confronti è negata la validità del riferimento al consenso, dal livello etico e da quello dell'effettività dei diritti: «la convenzione giuridica dell'universalità dei diritti fondamentali è un prodotto storico della corrispondente dottrina morale», non ne implica però «affatto l'accettazione, né sul piano empirico né sul piano assiologico» e, se «una qualche adesione sociale è una condizione pragmatica indispensabile», il «comune senso civico o morale» resta al livello del «fatto», quale «prodotto di processi politici e culturali», senza poter essere imposto dal diritto<sup>48</sup>. Ma un universalismo dei diritti sancito dal diritto, se pur posto «a tutela degli individui contro la legge del più forte»<sup>49</sup>, se sganciato da

loro ricognizione ma) la loro costruzione attraverso le culture, senza imporli, ma proponendoli, in qualità di diritti non universali ma universalizzabili e il pluralismo verrebbe ad essere “neutro” privo di connotati sostanziali e valutativi (tolleranza “completamente aperta”).

<sup>46</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 341; per l'Autore tale considerazione è valida non solo in riferimento a culture diverse, ma egli considera «illusoria» anche «l'idea che i diritti umani esprimano un'etica condivisa, entro la nostra cultura, dalla maggioranza dei cittadini» (p. 342).

<sup>47</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 342.

<sup>48</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 341-342.

<sup>49</sup> Ovvero, un universalismo dei diritti fondamentali come legge del più debole (L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 341).

ogni condivisione (che, si ricorda, può essere anche solo sui valori o principi, nella diversità dei fondamenti diretti, o, se si vuole, delle dottrine morali), o dal «fatto» del «comune senso» (da valutarsi non necessariamente *hic et nunc*, ma trasversalmente nello spazio e nel tempo), non rischia di presentare le caratteristiche negative di una imposizione, se pur carica di buone intenzioni?

Sempre sul consenso è incentrata la terza fallacia, di tipo metagiuridico, nella quale incorrerebbe la critica del relativismo culturale all'universalismo dei diritti umani fondata, per l'appunto, sul «pregiudizio diffuso» che la legittimità dei diritti «si fondi sul consenso ad essi prestato dalla maggioranza»<sup>50</sup>. Ferrajoli ribadisce che «i diritti fondamentali sono precisamente diritti *contro* la maggioranza» e critica la diffusa confusione per la quale la democrazia viene identificata con la volontà della maggioranza, mentre «al contrario, il fondamento democratico del patto costituzionale sui diritti fondamentali è non già nel fatto che nessuno sia escluso dalla sua stipulazione..., ma che in esso sia pattuita la non esclusione di nessuno»<sup>51</sup>. La non esclusione, cioè, «non riguarda la sfera dei contraenti... bensì le clausole del patto. Non riguarda la forma o i soggetti del contratto, ma i suoi contenuti»<sup>52</sup>. Ora, pur condividendo la considerazione che i diritti sono strumenti contro la maggioranza (e, dunque, in tal senso, non necessariamente condivisi ovunque e in qualsiasi momento), pare invece di dover considerare il consenso una condizione di legittimità dei diritti universali o, se si vuole, in generale, del contenuto del patto (sociale). I contenuti del patto per non essere imposti – nemmeno come deduzione logica o frutto di una costruzione razionale<sup>53</sup> –

<sup>50</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 343.

<sup>51</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., pp. 343-344.

<sup>52</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 344.

<sup>53</sup> Il discorso ovviamente è differente se la costruzione logica non viene presentata come un “credo”, ma rilevata (costruita) quale elemento condiviso.

devono essere condivisi, anche se nella prospettiva del fondamento dei diritti descritta in precedenza: la condivisione non necessariamente deve realizzarsi *hic et nunc*, ma può presentarsi con i caratteri del presupposto o del parametro ideale in virtù di una concezione per la quale essa è valutata nel tempo (ricorrenza nei secoli) e nello spazio (presenza trasversale alle varie culture). Una tale interpretazione dell'elemento della condivisione<sup>54</sup> consente di coniugare una visione dei diritti come prodotto della condivisione stessa e come strumento di garanzia nei confronti della maggioranza.

La contraddizione di una prospettiva che vuole conciliare presenza del consenso e tutela contro la maggioranza, quali elementi di legittimazione e di funzione dei diritti, può, inoltre, almeno in parte, essere evitata se si distinguono valori e fondamenti: il consenso o, meglio, la condivisione, che si postula riguarda i valori (o principi generali di riferimento), ma non i fondamenti che possono essere differenti e che possono esserlo proprio grazie all'universalità di alcuni valori (e qui ci si avvicina all'affermazione di Ferrajoli per la quale l'universalismo logico è la via migliore, l'unica, per tutelare il relativismo culturale).

La presenza di una condivisione così configurata, infatti, rende possibile, in quanto fra i valori condivisi vi sono il pluralismo e la tolleranza, il riconoscimento (e la tutela) di culture (fondamenti) differenti, non richiedendo intorno ad essi il consenso (e, quindi, in tal modo, sfuggendo ai pericoli di una "dittatura della maggioranza"); nel contempo, la richiesta di condivisione intorno ai valori fondanti i diritti elimina (o, comunque, diminuisce) il rischio che essi siano uno strumento di imperialismo, nelle mani di una cultura o potere economico, di minoranza o di maggioranza.

<sup>54</sup> Si preferisce utilizzare il termine "condivisione" piuttosto che quello "consenso" in quanto pare più efficace nel sottolineare una convergenza sostanziale, ovvero non una adesione formale ad un *quid* affacciato al plauso altrui, ma una "costruzione insieme".

Certo, d'altro canto, la previsione della «comunanza interculturale dei valori» come condizione di legittimità dei diritti, può condurre a concezioni minimali dei diritti fondamentali<sup>55</sup>: ciò peraltro – come si è cercato di dimostrare – non è l'ipotesi più accreditata se si procede ad un confronto interculturale, in prospettiva diacronica, sui valori (in quanto in realtà non è così minima la quantità e qualità dei valori condivisi) e, inoltre, resta sempre aperta la via per una implementazione della universalità, attraverso la costruzione di condivisione. In tal modo, infine, come già osservato, non si rischia di imporre<sup>56</sup>, nemmeno nel senso di chi – come Ferrajoli – giudica «segno perverso di eurocentrismo non già affermarli [i diritti], ma negarli in danno di quanti hanno la ventura di appartenere a popoli che non hanno compiuto il nostro stesso percorso storico»<sup>57</sup>: è eurocentrismo anche il ritenere che nella cultura nella quale si vorrebbero veder tutelati i diritti, essi non possano anche trovare una loro matrice (inesistente magari nella cultura come si estrinseca in quel dato momento storico, ma parte invece della tradizione culturale). Se, in altre parole, facilmente si concorda con Ferrajoli quando sostiene che non si possono giustificare con il richiamo al rispetto della cultura altrui le «pratiche di segregazione attuate dai Talebani»<sup>58</sup>, ciò non significa che non si possa condannare tali pratiche in virtù di un principio di eguaglianza e di dignità della persona umana rinvenibile anche nella tradizione culturale islamica.

<sup>55</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., pp. 343-344: secondo l'Autore se si richiedesse l'universalità del consenso o la comunanza interculturale «sarebbero ben pochi, perfino all'interno della medesima cultura, i principi o i valori» che potrebbero essere considerati universali, ovvero, si darebbe vita, comunque, a «costituzioni minimali e forse regressive».

<sup>56</sup> E, più facilmente, è minore la discrasia fra proclamazione ed effettività dei diritti.

<sup>57</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 344.

<sup>58</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 344.

Volendo concludere, si può rilevare come l'approccio di Ferrajoli sia a-culturale, come nell'ipotesi ad esempio delle dottrine di tipo ontologico<sup>59</sup>, non nel senso però che si nega l'esistenza di differenze culturali o il "valore" di tali differenze o delle varie culture, ma nel senso che non le si considera rilevanti per costruire e legittimare l'universalità (dei diritti): le culture non sono una via verso l'universalità dei diritti, ma il loro (contemporaneo e plurale) rispetto è una conseguenza dell'elaborazione logica e assiologica di diritti fondamentali universali.

La mancanza di considerazione per un approccio multiculturale sul piano della legittimità, del fondamento dei diritti e della loro universalità, non esclude il riconoscimento dell'importanza del dialogo e del confronto interculturale: innanzitutto, dal punto di vista dell'effettività, e, in secondo luogo, anche da un punto di vista assiologico, in quanto fra i diritti fondamentali vi è il pluralismo. In sintesi, dunque, costruzione a-culturale dei diritti, ma riconoscimento del "valore" delle differenze culturali e del ruolo giocato dalla culture (dal consenso da esse prestato) nella garanzia concreta dei diritti.

La distanza, comunque, dalla concezione precedentemente proposta di "universalismo situato" è evidente: nell'"universalismo situato" le culture giocano un ruolo non solo in quanto fra i principi e i diritti condivisi vi sono quelli della tolleranza e del pluralismo, o in quanto atte ad incidere sul grado di effettività dei diritti, ma anche in quanto attraverso di esse è possibile costruire – anche dal punto di vista dei suoi contenuti – l'universalità e dotarla di una legittimazione (un fondamento).

L'universalismo situato (con il suo approccio transculturale) senza dubbio appare logicamente come una costruzione più debole, nella quale si intersecano – creando anche incon-

<sup>59</sup> Si ricordi, oltre quanto di seguito osservato, come rispetto alle teorie "ontologiche" vi sia una significativa differenza anche nel "tipo" di "credo": logico l'uno, tendenzialmente fideistico l'altro.

gruenze o, comunque, sollevando questioni che senza dubbio richiederebbero quantomeno un maggior approfondimento – il piano logico-teorico e quello concreto, quello della legittimità e quello dell’effettività, il valore (quasi) prescrittivo dei valori transculturali fondanti e l’incidenza dell’interpretazione e della prassi storica, il dover essere che deriva dall’essere e ne trae legittimazione, ma che, nel contempo, pretende di prescindere, e l’essere che legittima un dover essere che si presenta ad esso come un *prius* da adattare e/o raggiungere; ma, forse, la sua forza consiste proprio in questa “confusione” ed integrazione di piani diversi, in una prospettiva che pretende di possedere il carattere (assoluto ed incontestabile) dei fondamenti appartenenti alla sfera del “credo” e l’oggettività fattuale del “vedo”.

Riprendendo ora il discorso sulle interpretazioni della relazione diritti universali-pluralità delle culture, si possono citare, come parzialmente annoverabili fra le teorie c.d. *a-culturali*, alcune tesi, per così dire “miste”, che, nel fondare l’universalità dei diritti dell’uomo, coniugano considerazioni fondate sul “credo” in una comune natura umana (o valori condivisi) e la constatazione di alcune condizioni “storiche”. In tal senso si esprime, ad esempio, Martin Kriele, il quale ritiene che «l’universalità dei diritti dell’uomo non dipende da un fondamento filosofico che sia universalmente accettato», ma «si fonda piuttosto sull’incontro di due fattori: per un verso, sulla natura umana (in quanto universale), che sente la privazione dei diritti come un torto; per l’altro sulla diffusione universale dello Stato moderno», che «può realizzare una condizione di privazione completa dei diritti»<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> M. KRIELE, *L’universalità dei diritti dell’uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1992, pp. 25-26. L’Autore sottolinea in più passaggi il legame fra diritti dell’uomo e Stato moderno, rilevando, fra l’altro, come il problema dei diritti dell’uomo è diventato universale «perché è divenuto universale lo Stato stesso» (p. 16).

La centralità dell'argomento storico della presenza dello Stato moderno<sup>61</sup> – e della sua diffusione a livello globale – non rappresenta un *unicum*, ma si trova anche in altre teorie *miste*, che fondono insieme stime pragmatiche sulla consistenza di una modernità globalizzata e osservazioni – questa volta legate ad un approccio interculturale<sup>62</sup> – sull'esistenza di un universalismo morale.

In quest'ultima prospettiva si può situare, fra le altre, la tesi di Edoardo Greblo, che ricorda tra gli elementi in virtù dei quali «la dottrina dei diritti dell'uomo non può essere considerata come universale solo all'interno della *koiné* giuridica occidentale», da un lato, la considerazione che «l'universalismo della religione cristiana... converge... con il nucleo di intuizioni morali verso il quale convergono anche le altre grandi religioni universalistiche del pianeta»<sup>63</sup>, dall'altro, l'osservazione che «il diritto occidentale appare, in questo senso, come la sola forma giuridica coerente e compatibile con le strutture economiche moderne» e che «il discorso interculturale sui diritti dell'uomo non deriv[i]a dalla specificità contestuale dell'Occidente, ma dalla necessità di reagire alle sfide di una modernità sociale che si è ormai globalmente diffusa»<sup>64</sup>. L'Autore insiste, in specie, su questo punto: «la validità dei diritti umani va al di là della loro matrice occidentale già solo per il fatto che nessuna società complessa possiede un

<sup>61</sup> Si potrebbero anche considerare gli aspetti istituzionali, economici e sociali legati al concetto di Stato moderno come integranti una "cultura", la quale, se si suppone la diffusione globale dello Stato moderno, verrebbe ad essere *la cultura*: l'approccio in questione potrebbe così essere visto come "culturale" (o, meglio, monoculturale). Allo stato attuale però pare che la sovrastruttura legata alla struttura dello Stato moderno possa al più sovrapporsi, integrarsi (o tentare di farlo), accompagnarsi con altre culture, costituire al più espressione di una cultura, ma non rappresentare una cultura universalmente condivisa.

<sup>62</sup> M. KRIELE (*L'universalità*, cit., spec. pp. 19 ss.) invece rifiuta l'idea di collegare i diritti umani ad una convergenza consensuale sugli stessi.

<sup>63</sup> E. GREBLO, *Globalizzazione e diritti umani*, in *Filosofia politica*, 2000/3, p. 425.

<sup>64</sup> E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., pp. 426-427.

equivalente funzionale che possa rimpiazzare le prestazioni integrative del moderno diritto occidentale»; «nel quadro di un'economia globalizzata dominata dalle esigenze (funzionali) del mercato» «anche le società non occidentali» hanno bisogno «di osservare le esigenze (normative) della giustizia e del diritto positivo come strumenti di regolazione»<sup>65</sup>.

In questa prospettiva, dunque, l'universalità dei diritti umani è un'universalità "funzionale", la "necessaria" sovrastruttura della struttura economica imperante: come a dire, si espande il capitalismo occidentale e, con lui, la cultura che gli è connessa<sup>66</sup>? Greblo, oltre a rilevare i lati "buoni" del globalismo giuridico (il quale estende a livello del diritto l'universalismo morale, superando la contraddizione fra l'universalità dei diritti, dal punto di vista morale, e il «carattere nazionale della costituzione delle garanzie», arrivando ad un diritto cosmopolitico)<sup>67</sup>, sottolinea la necessità di un consenso universale, di una «generale condivisione sugli orientamenti di valore»<sup>68</sup>, innestando su considerazioni di fatto (storiche) un approccio interculturale o consensuale.

### II.3. *Del nucleo comune del e nel pluralismo*

La prospettiva interculturale è dominante in quelle tesi – invero numerose – che rappresentano un punto intermedio lungo il *continuum* fra i due estremi e che partono dal dato delle differenze culturali, riconoscono la presenza di una “diso-

<sup>65</sup> E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., p. 426.

<sup>66</sup> La cultura – si potrebbe dire – che lo rende possibile, ma, nel contempo (rivelando un volto “buono”), lo limita, cercando di frenarne gli eccessi liberistici (e, allora, liberismo, ma anche stato di diritto, costituzionale)?

<sup>67</sup> Cfr. E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., spec. p. 422.

<sup>68</sup> E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., p. 428: tale «condivisione» è il *quid* che fa sì che il «consenso giuridico-morale sui diritti dell'uomo possa rappresentare un equivalente universalistico della solidarietà etico-politica prodottasi in ambito nazionale».



mogeneità culturale”, ma considerano ugualmente possibile addivenire ad una convergenza, se pur solo intorno ad un nucleo essenziale. La distinzione, a volte, rispetto alle tesi situate ai due poli estremi è sottile, spesso si tratta di una interpretazione diversa, di una maggior attenzione, ad esempio, alle storie diverse piuttosto che ai valori comuni (come nel caso di Sen), o alle “comunanze” rispetto alle opposizioni irriducibili (come nella teoria di Huntington).

La costruzione di tali ipotesi in sostanza si fonda sulla considerazione che esiste o è possibile una condivisione al livello *a*) (valori), dalla quale può derivare un catalogo comune al livello *c*), pur esistendo differenze al livello *b*) (fondamenti), al quale è, per così dire, prestata maggior attenzione, rispetto alle tesi legate all’“omogeneità transculturale”.

Quale elemento distintivo di tali tesi si può poi citare il fatto che esse tendenzialmente non postulano *a priori* il *quid* comune al livello *a*), ma lo costruiscono, lo inferiscono, lo provano: è un “vedo” più che un “credo”, una “costruzione attraverso”, una condivisione, più che un pre-supposto astrattamente assunto come comune. L’universalità, detto altrimenti, è vista come il frutto, il residuo, l’accordo che scaturisce dal confronto fra le diversità, è concepita alla stregua di un “universalismo situato”, nel quale il termine di partenza è il secondo<sup>69</sup>.

È una universalità quale nucleo essenziale o minimo comun denominatore a partire da una situazione di pluralismo (culturale, religioso, politico, etc.).

### II.3.1. *Il quid comune delle religioni*

Muovendo, ad esempio, da un pluralismo religioso, il riferimento è all’universalità espressa nella Dichiarazione di Kyoto,

<sup>69</sup> Se si vuole illustrare ancora in altro modo: la prospettiva non è quella di una comunanza con diversità, ma di diversità con qualcosa in comune.

adottata nel 1970 dalla Conferenza mondiale delle religioni per la pace: «abbiamo scoperto che le cose che ci uniscono sono più importanti di quelle che ci dividono. Ci siamo resi conto che possediamo in comune: una convinzione sulla fondamentale unità della famiglia umana, sull'uguaglianza e sulla dignità di tutti gli uomini; un sentimento dell'inviolabilità della singola e della propria coscienza; un sentimento del valore della comunità umana; la convinzione che potere non equivale a diritto, che il potere umano non è autosufficiente né assoluto; ...»<sup>70</sup>.

O, più recentemente e in modo ancora più chiaro, si può citare l'universalità, sempre in un orizzonte ecumenico, della Dichiarazione di un'etica globale, adottata a Chicago nel 1993 dal Parlamento Mondiale delle Religioni: «sappiamo che le nostre diverse tradizioni religiose ed etiche spesso offrono basi molto differenti per stabilire ciò che è utile agli uomini e alle donne e ciò che non lo è, ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, ciò che è bene e ciò che è male. Non vogliamo mascherare o ignorare le profonde differenze fra le singole religioni. Tuttavia, esse non dovrebbero impedirci di proclamare pubblicamente quelle cose che sono già patrimonio comune e che sosteniamo insieme, ciascuno sulla base dei propri fondamenti religiosi o etici»<sup>71</sup>. Non potrebbe essere più evidente la corrispondenza fra quanto esplicitato in questo testo e lo schema delle tesi in questione: incontro al livello a)<sup>72</sup>, no-

<sup>70</sup> Il testo della Dichiarazione è ripreso da H. KÜNG, *Verso un'etica delle religioni universali. Problemi fondamentali dell'etica contemporanea in un orizzonte globale*, in *Concilium*, 1990/2, *Etica delle religioni*, cit., p. 144; cfr. anche il Rapporto alla Prima Conferenza Mondiale su «Le religioni e la pace», Kyoto, 1970, in G. Barberini (a cura di), *Chiese e diritti umani. Documenti relativi ai diritti della persona e delle comunità*, ESI, Napoli, 1991, al quale si rinvia per ulteriori indicazioni di dichiarazioni e documenti adottati in ambito religioso (e inter-religioso) sui diritti dell'uomo.

<sup>71</sup> *The Declaration of a Global Ethic*, 1.2, citata nella traduzione italiana riportata in F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 304.

<sup>72</sup> Costruzione, cioè, di «un consenso fondamentale minimo» (Dichiarazione di un'etica globale, p. 301).

nostante, ma anche attraverso, le differenze al livello *b*); ciò che non è affrontato nella Dichiarazione è però il passaggio al livello *c*): del resto, la Dichiarazione non si propone il fine di stendere un catalogo di diritti puntuali, ma di indicare quell'«insieme comune di valori fondamentali», insito «negli insegnamenti delle religioni del mondo», che «costituiscono la base di un'etica mondiale», «la condizione di un ordine mondiale sostenibile»<sup>73</sup>. In quest'ottica, essa si limita ad indicare alcuni principi, come quello che «ogni essere umano *deba essere trattato umanamente*», ovvero deve essere rispettata la sua «dignità inalienabile e intoccabile», o la regola generale per la quale «*quello che non vuoi sia fatto a te, non farlo ad altri*», o, ancora, l'impegno per la non-violenza, a partire dal precetto «*non uccidere*», o per un ordinamento (economico) giusto e solidale, inferito dalla regola «*non rubare*» o dal suo risvolto positivo «*sii onesto e giusto nel trattare i tuoi affari*»<sup>74</sup>, etc. Ovviamente è evidente la difficoltà di passare da questa universalità nei principi ad una universalità nella proclamazione (e magari nella garanzia) di precise posizioni giuridiche soggettive.

Restando sempre nella sfera dell'elaborazione teorica dei principi universali a partire da un contesto di pluralismo religioso, conviene ricordare la teoria di Hans Küng, al quale, fra l'altro, è dovuta in massima parte la stesura del testo della Dichiarazione di un'etica globale appena citato<sup>75</sup>.

Küng, pur ritenendo che «anche l'uomo senza religione può condurre una vita autenticamente umana e... morale», osserva come egli però «non può fondare l'*incondizionatezza* e l'*universalità* dell'obbligazione etica»: «il categorico dell'esigenza etica, l'*incondizionatezza* del dovere, non può essere giustificato dall'uomo..., ma soltanto da qualcosa di *incondiziona-*

<sup>73</sup> Dichiarazione di un'etica globale, Preambolo (p. 299).

<sup>74</sup> Dichiarazione di un'etica globale (pp. 305-311).

<sup>75</sup> Come sottolinea F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo*, cit., p. 215.

to: da un assoluto che può conferire un senso superiore»<sup>76</sup>. Qui entra in gioco il ruolo delle religioni, le quali «possono proporre le loro esigenze etiche con un'autorità totalmente diversa da quella di una semplice istanza umana»<sup>77</sup> e, in questo senso, possono dare un contributo nella fondazione dei valori universali e dei diritti umani, un contributo che non è in opposizione alla filosofia, alla ragione o alle scienze umane, ma – si potrebbe dire – è «integrativo» rispetto ad esse, in particolare proprio nella costruzione di un *éthos* umano<sup>78</sup>.

Questo ruolo della religione come «fondamento della morale» è – prosegue l'Autore – comune alle varie religioni: ma come si concilia quest'affermazione con la constatazione delle differenze, e, in taluni casi, dei contrasti, fra le religioni stesse? La soluzione consiste nella ricerca degli elementi comuni, che porta all'individuazione quantomeno di alcuni «imperativi etici fondamentali», i quali rappresentano «*esigenze etiche elementari dell'umanità*»: «non uccidere gli innocenti», «non mentire e mantieni le promesse», «non rompere il matrimonio

<sup>76</sup> H. KÜNG, *Verso un'etica*, cit., pp. 138-139; *contra* questa impostazione, per un tentativo di conciliare assolutezza e “scientificità”, ovvero immaginare un'assolutezza fondata sul “vedo” e non sul “credo”, sia consentito rinviare alla proposta avanzata in questo studio circa un possibile fondamento dei diritti umani.

<sup>77</sup> H. KÜNG, *Verso un'etica*, cit., p. 139.

<sup>78</sup> In questo senso le religioni non devono «mostrare nessuna paura di contatto» con le scienze umane, che possono offrire loro informazioni e conoscenze importanti per l'agire, «anche se non possono sostituire le fondazioni e le norme ultime dell'*éthos* umano», ove «le religioni hanno da offrire il loro specifico contributo» (p. 138), anche nei confronti della filosofia, che pare in difficoltà nel «fondare un'etica praticabile» (p. 135), o *tout court* della ragione (in argomento Küng ricorda come «Sigmund Freud, che voleva fondare la propria etica sulla ragione» osservava: «“se mi domando perché mi sono sempre sforzato di essere onesto, indulgente con gli altri e possibilmente buono, e perché non ho rinunciato a comportarmi così anche dopo essermi accorto che questo atteggiamento si risolve in un danno, ... ebbene, confesso di non saper dare una risposta”», p. 135) [H. KUNG, *Verso un'etica*, cit.].

e non commettere atti di libidine», «fa il bene»<sup>79</sup>. Tali «imperativi etici» costituiscono patrimonio condiviso delle «religioni profetiche di origine semitica del Vicino Oriente», delle «religioni mistiche di origine indiana», delle «religioni sapienziali di tradizione cinese», etc., insieme ad altri «paralleli diretti o indiretti», che, specie se si assume una prospettiva storica, cercando il significato originario delle varie religioni<sup>80</sup>, si rivelano più numerosi di quanto può apparire *prima facie*<sup>81</sup>.

I sistemi teoretici di riferimento possono essere diversi – conclude Küng – ma, in fondo, si realizza una convergenza intorno a «ciò che, in maniera del tutto pratica, deve venire compiuto o omesso nella vita vissuta», intorno ad una «prassi» circa «un *agire e omettere comune*», sintetizzabile in ultima istanza nella cosiddetta regola aurea, sulla quale «è forte la convergenza etica delle religioni», da Gesù a Confucio, passando per l'imperativo categorico di Kant che, in sostanza, ne rappresenta «una modernizzazione e una secolarizzazione»: «non fare agli altri quello che non vuoi sia fatto a te»<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> H. KÜNG, *Verso un'etica*, cit., p. 141.

<sup>80</sup> In questo senso, la prospettiva di Küng pare vicina a quella qui avanzata a proposito della ricerca dei valori nelle “matrici” culturali, al di là delle differenze nelle culture come forma storicamente situata (distinzione fra livello dei valori o principi di base e livello dei fondamenti).

<sup>81</sup> H. KÜNG, *Verso un'etica*, cit., pp. 141-142.

<sup>82</sup> H. KÜNG, *Verso un'etica*, cit., pp. 142-144. Definisce, fra gli altri, la «“regola d'oro” (“fai agli altri ciò che vorresti fosse fatto a te”, nella sua versione positiva)» come «*il primo codice trascendentale e il più efficace*», C. VIGNA, *Multiculturalismo e universalità*, in *Ragion pratica*, 2001/16, p. 96: secondo tale Autore, ciò che ogni essere umano vuole, sopra ogni cosa, è «essere riconosciuto come tale, cioè essere accolto come un essere umano» (p. 95); il riconoscimento – espresso nella regola aurea – si presenta come un codice universale «complesso, ma... praticabile dai più, perché prende a veicolo l'intero dell'esistenza...», a differenza, ad esempio, di altri codici universali, o potenzialmente tali, come la ragione, il cui «esercizio pieno è un fatto aristocratico» (anche se Vigna esorta alla «*sinergia*» di ragione e riconoscimento, p. 95).

A partire da una differente prospettiva culturale, RAJA BAHLUL, *Prospettive islamiche*, cit., p. 633, ricorda come An-Na'im, pensatore islamico progres-

Si postula, cioè, – parrebbe di poter sintetizzare – una concordanza al livello dei principi, nonché un accordo pratico sul piano delle concrete prescrizioni comportamentali, pur nella diversità delle legittimazioni e delle storie delle varie religioni: una costruzione simile a quella qui proposta, ove ci si riferisce all'identificazione di un nucleo comune di valori al livello *a*), che rende possibile l'individuazione di concreti diritti universali (livello *c*), se pur passando attraverso fondamenti differenti (al livello *b*)?

In questo contesto la “regola aurea” viene ad essere intesa come il “primo” valore di riferimento, al quale è possibile ancorare, attraverso ulteriori deduzioni sulle quali si realizzi una convergenza, i diritti e la loro universalità: un valore, quello della regola aurea, la cui transculturalità è evidenziata già da S. Agostino, che, nel *De Doctrina christiana* (III.7), scrive: «Gli uomini credono che non ci sia giustizia, perché vedono che i costumi variano da gente a gente, mentre la giustizia dovrebbe essere immutabile. Ma essi non hanno compreso che il precetto: “non fare agli altri ciò che non vuoi che sia fatto a te”, non è cambiato mai ed è rimasto costante nel tempo e nello spazio»<sup>83</sup>.

sista, «invoca un “principio di reciprocità” che ci ingiunge di non negare agli altri i diritti che a nostro avviso ci spettano», considerando tale principio o regola aurea condiviso da tutte le principali tradizioni religiose e culturali del mondo e in grado «di sorreggere i principi universali dei diritti umani».

Considera come «anche l'interpretazione della regola d'oro nelle tre grandi religioni del Libro», conduca «a divergenze nell'ermeneutica», S. VECA, *I diritti umani*, cit., p. 120.

<sup>83</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture*, cit., p. 33, che, dopo aver ricordato la massima di S. Agostino, osserva come non ci si debba lasciar trarre in inganno dalla «limpida semplicità» della sua formula: «se la verità (della giustizia) è una, perché i popoli non la riconoscono tutti come tale? se le singole costumanze (di giustizia) dei popoli sono, ciascuna a suo modo, giuste, che ne è della giustizia in sé e per sé?». Si tratta – continua l'Autore – di una questione appartenente al «novero dei più tormentosi problemi speculativi»: «la molteplicità e la contraddittorietà delle culture, e delle loro norme etiche e giuridiche, è un fatto, che sembra giustificare un agnosticismo etico... Ma è ugualmente un fatto l'anelito degli uomini nei confronti di una unità» (*ibidem*, pp. 33-34).

Recentemente, ricorda come «tutte le religioni concordano su alcuni imperativi etici fondamentali» e come, in particolare, molte «conoscono la regola aurea almeno nella sua forma negativa», anche Francesco Viola, il quale sottolinea l'importanza del coinvolgimento delle religioni per una elaborazione multi-culturale e universale dei diritti<sup>84</sup>. Non sono però solo – rileva l'Autore – la considerazione che «il fattore religioso costituisce tradizionalmente il nucleo duro dell'identificazione culturale» o l'evidenziazione del fattore etico, gli aspetti delle religioni incidenti sull'universalità dei diritti della persona umana: la «religione non è la morale» o «la stampella della morale», «alla radice del fatto religioso, sia nelle religioni profetiche che in quelle naturali, sta... l'istanza primitiva ed originaria di salvare la vita umana e l'ordine del mondo in cui essa abita»<sup>85</sup>.

Il «senso originario del fatto religioso», il «problema elementare della sopravvivenza dell'umanità e del suo ambiente di vita», che rappresenta un «universale fattore pre-culturale» è in grado di fornire un contributo ai diritti umani, proprio al di là dell'identificazione delle religioni con le culture o le morali: esso aiuta, infatti – secondo Viola – ad «intendere meglio che i diritti dell'uomo debbano anche essere interpretati come i diritti del genere umano»<sup>86</sup>. In questo senso, le «motivazioni originarie» delle «grandi religioni dell'umanità» consentono di recuperare «l'autentica universalità dei diritti umani», che risiede, prima che nell'«universalità dei precetti», nell'«universalità dei soggetti e della loro comunanza con l'umano»<sup>87</sup>. L'universalità viene ad essere concepita come un *quid* che prende le distanze dalla globalizzazione, della quale non è l'ideologia<sup>88</sup>, e,

<sup>84</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., pp. 183-184.

<sup>85</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., pp. 183-185.

<sup>86</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., pp. 185-186.

<sup>87</sup> F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 187.

<sup>88</sup> «La logica dell'universalità dei diritti non è e non deve essere quella della globalizzazione», ma l'universalismo dei diritti deve avere «un fondamento proprio» (F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 179).

nel contempo, dal multiculturalismo, andando a riscoprire – sembrerebbe – non tanto il comun denominatore fra le culture o le religioni, ma, in queste ultime, al di là delle «loro vicende storiche», il valore dell'«umanità»<sup>89</sup>.

Il pensiero di Viola passa dalla considerazione della possibilità di un approccio multiculturale ai diritti universali<sup>90</sup>, al superamento, proprio anche attraverso tale approccio, della prospettiva multiculturale – nonché di quella della globalizzazione –, in favore di una universalità che, richiamando, in particolare, il «senso originario del fatto religioso», si fa astratta e di tipo acculturale. In ultima istanza è mettendo da parte le «vicende storiche», le culture, che si giunge all'universalità; l'approccio multiculturale «serve» in quanto permette di andare a riscoprire l'«originario senso religioso» che fonda l'«autentica universalità» dei diritti.

Fra chi indaga intorno all'universalità dei diritti, a partire da una situazione di pluralismo religioso, infine<sup>91</sup>, si può citare Enzo Pace, il quale sottolinea come i diritti umani rappresentano una «nuova neutrale *koiné* fra le grandi religioni», delle quali si preferisce evidenziare la componente etica, la «dimensione *umanistica*... piuttosto che insistere sui contenuti strettamente teologici ed escatologici»<sup>92</sup>. I diritti umani quali elemento intersoggettivo, ovvero universale, aiutano le religioni<sup>93</sup>, in quanto costituiscono quasi «una conferma empirica della cre-

<sup>89</sup> Cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., spec. p. 187.

<sup>90</sup> Dal tentativo, cioè, di rispondere alla domanda «è forse possibile elaborare una concezione multiculturale della dignità umana in cui ogni popolo riconosca se stesso?» (F. VIOLA, *Etica e metaetica*, cit., p. 180).

<sup>91</sup> Tra gli altri, cita – come visto – la convergenza delle «grandi religioni universalistiche del pianeta» su un «nucleo di intuizioni morali» quale elemento che suffraga l'idea che l'universalità dei diritti dell'uomo non è necessariamente legata al contesto occidentale, E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., p. 425.

<sup>92</sup> E. PACE, *Le grandi religioni*, cit., p. 100.

<sup>93</sup> Le quali – afferma E. PACE (*Le grandi religioni*, cit., p. 97) – «sembrano afflitte da una crisi sistemica di non poco conto».



denza nell'esistenza di una natura umana» e, in sostanza, «una remota possibilità di evocare l'assoluto», al di là delle «contingenti culture umane»<sup>94</sup>. Il punto di vista in questo caso non è tanto quello della costruzione di diritti comuni a partire dalle varie religioni, ma – dati i diritti umani – confrontarvi le religioni, in un'ottica nella quale i diritti possono supportare le religioni, ma esse vi si devono adeguare, rinunciando, ad esempio, «a porre in evidenza – in prima istanza – i principi non negoziabili», il «principio autoritativo della verità», e tentando di «selezionare soluzioni eticamente valide» «su temi d'interesse "umano", potenzialmente di portata universale»<sup>95</sup>. Le religioni possono fondare i diritti umani, anzi, in alcuni casi, costituirne «il fondamento universale per eccellenza», ma soprattutto perché a loro «conviene» e non possono, in un certo qual modo, farne a meno<sup>96</sup>.

Non manca, peraltro, anche chi ritiene che, non è certo nelle religioni, in specie, quelle monoteiste, e, «tra queste, probabilmente il cristianesimo, [e] al suo interno, il cattolicesimo», «che si può cercare la fondazione dell'universalità dei diritti», in quanto tra le culture, le religioni sono quelle «più vistosamente particolariste ed esclusiviste»<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> E. PACE, *Le grandi religioni*, cit., pp. 100-101.

<sup>95</sup> E. PACE, *Le grandi religioni*, cit., p. 108.

<sup>96</sup> Le religioni, «consapevoli di non poter più controllare e presidiare l'Intero – la verità che ciascuna ritiene di possedere in esclusiva e in modo assoluto – sono costrette, spesso loro malgrado, ad accettare una strategia nuova: comunicare il contenuto di verità che esse posseggono senza sottolinearne con forza l'esclusività e l'assolutezza», evidenziare la componente etica senza il principio autoritativo della verità (E. PACE, *Le grandi religioni*, cit., p. 100).

<sup>97</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti*, cit., pp. 80-81; altrove (*Diritti dell'uomo*, cit., p. 158), l'Autore appella le grandi religioni monoteiste «religioni dell'intolleranza»; *contra*, fra l'altro, si ricorda (vedi più ampiamente *supra*, parte I, cap. I, par. I.1) G. BOGNETTI, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 383, per il quale è il Cristianesimo a portare l'idea che ciascun uomo possiede una sua «intrinseca "dignità"», anche se poi per lungo tempo esso si rifiutò di sviluppare da tale concetto un catalogo di libertà e diritti.

### II.3.2. *Il minimo comun denominatore delle culture: da Erodoto ai filosofi contemporanei*

Al di là – comunque sia – della cultura religiosa, muovendo, in generale, dalla considerazione di una situazione di pluralismo culturale, senza ulteriori aggettivi<sup>98</sup>, sono numerose le tesi che ruotano intorno all'individuazione di un *quid* comune, attraverso le differenze, senza negarle.

Emblematico in tal senso è l'aneddoto raccontato da Erodoto: «una volta Dario, quando era re, convocò i Greci che venivano alla sua corte e domandò loro a quale prezzo avrebbero acconsentito a mangiare i cadaveri dei loro genitori; quelli dichiararono che per nulla al mondo l'avrebbero potuto fare. Allora Dario fece venire davanti a sé, presenti i Greci, quegli Egiziani, che sono chiamati Callati e che usano divorare i genitori morti e fece loro chiedere a mezzo degli interpreti per quale prezzo si sarebbero indotti a bruciare il cadavere del loro padre; e quelli a gran voce lo pregarono di non dire cose così sacrileghe...»<sup>99</sup>.

Erodoto, dall'aneddoto, trae una conclusione relativistica, ma – come è stato notato – in realtà si può osservare come in questo caso vi sia un valore fondamentale comune (il rispetto per i genitori), che appare condizionato «nelle sue dimensioni estrinseche, non nella sua struttura fondamentale»; «rilevare la relatività delle culture... non implica in altre parole rilevare la relatività della *verità dell'uomo*»<sup>100</sup>. Si tratta, cioè, di un esempio di come la differenza fra le culture, ad un loro confronto (in specie sui “valori ultimi”) porta all'individuazione di convergenze intorno ai principi, pur nella diversità (e talvolta op-

<sup>98</sup> Considerando, peraltro, che sembra opportuno considerare il pluralismo religioso parte del pluralismo culturale, reputando che le religioni non costituiscano *altro* dalla cultura, ma, al più, un particolare “tipo” di cultura.

<sup>99</sup> L'aneddoto è ripreso da F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 40.

<sup>100</sup> F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 40.

posizione) delle loro modalità di riconoscimento. Il nucleo condiviso così individuato non è presupposto, magari in virtù di una sostanziale omogeneità culturale o di una comune natura umana, ma costruito e verificato come intersezione di insiemi distinti, come astrazione (a volte) del fine ultimo di prassi (prescrizioni) molto distanti fra loro.

Molti sono gli esempi che si potrebbero fare circa questo *modus procedendi* – sostanzialmente applicato anche nell’elaborazione del concetto di universalismo situato proposto –, circa questa soluzione che si potrebbe chiamare del “nucleo comune del e nel pluralismo”; fra i tanti che “credono” in un *quid* comune all’interno di un orizzonte multisfaccettato<sup>101</sup>, vi sono, da angolature diverse, coloro che si soffermano sulla procedura relativa all’individuazione degli elementi condivisi, coloro che ritengono ipotizzabile un nucleo condiviso costituito solo o prevalentemente da regole formali o, meglio, procedurali<sup>102</sup>, coloro che sostanziano in alcuni valori il nucleo comune, coloro che attraverso un lavoro di comparazione (empirico e teorico) mettono in luce, con attenzione ad uno specifico campo di indagine, concreti principi comuni<sup>103</sup>, etc.

Fra gli Autori sui quali ci si è già soffermati<sup>104</sup>, si può ricordare Michael Walzer, il cui concetto di «universalismo reiterativo», frutto – come già osservato – di un approccio in parte di tipo consensualista, in parte razionalista, ed in parte anche tradizionalista, rappresenta una «terza via» fra universalismo dei principi e relativismo culturale, un tentativo di «rendere possibile una connessione fra tutela della differenza e del pluralismo

<sup>101</sup> *Quid* comune che – si può notare – spesso è anche garanzia della possibilità di esistenza, o meglio, coesistenza delle diversità.

<sup>102</sup> Posto che – come si è già rilevato – esistano regole *solo* procedurali, che non implicano il coinvolgimento di alcun aspetto “sostanziale”.

<sup>103</sup> A tal proposito, il riferimento è, in specie, agli studi antropologici, ma anche, ad esempio, alle ipotesi prima citate di convergenza fra le prescrizioni delle varie religioni.

<sup>104</sup> Si rinvia in specie a parte I, cap. II.

(dimensione particolaristica e consensuale) e riconoscimento di alcuni fondamentali diritti umani (dimensione della comunanza a livello universale)»<sup>105</sup>, ovvero, utilizzando i criteri di classificazione qui proposti, una posizione intermedia fra l'idea della "omogeneità transculturale" e quella dello scontro (o della irriducibile differenza tra le culture). L'Autore sottintende la possibilità di individuare, attraverso un metodo essenzialmente induttivo, basato sull'osservazione nel tempo e nello spazio, delle costanti, le quali emergono come valori o finalità ultime rispetto a prassi, comportamenti o regole anche differenti fra loro: non vi sono principi dati, ma «l'esperienza della reiterazione» consente di cogliere «la diversità delle rivendicazioni» e, nel contempo, che «le rivendicazioni fatte da noi le fanno anche altri»<sup>106</sup>. Le costanti, le intersezioni, l'eguaglianza o somiglianza dei valori rivendicati, rappresentano la visione "sottile"

<sup>105</sup> T. CASADEI, «*Senso del luogo*», cit., pp. 29-30.

<sup>106</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 141. Continua l'Autore, «possiamo vedere le somiglianze di famiglia e riconoscere al tempo stesso il carattere particolare di ciascun membro della famiglia», il che comporta anche il riconoscimento dell'alterità, ovvero, fra l'altro, di «un atto morale», per cui la reiterazione si troverebbe ad avere in sé «il genere di limiti morali che a quanto solitamente si dice derivano unicamente dall'universalismo della legge generale» (*ibidem*); a ciò si aggiunga che anche l'autorizzazione a reiterare «è già di per sé universale» e si presta a formulare l'universalismo reiterativo «come legge generale», e ciò, non necessariamente perché «l'autorizzazione preesista a ogni sforzo reiterativo», ma perché «ogni rivendicazione del diritto di produrre morale, ogni rivendicazione del diritto di foggare un modo di vita, giustifica le rivendicazioni successive» (*ibidem*).

In argomento cfr., fra gli altri, L. BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., il quale ritiene che «l'elemento tendenzialmente universalistico dei diritti fondamentali non... debba essere ricercato tanto nel loro contenuto – o nella loro struttura formale – quanto nell'impegno di affermarli, rivendicarli, mobilitarsi per ottenerli», nella valorizzazione, cioè, del gesto «tipicamente umano, di sollevarsi e reagire, di affermare la propria dignità» (p. 210): come a dire, le reiterazioni sono differenti ma nascono da una identica esigenza?

(*thin*), universale<sup>107</sup>, molto simile a quello che si è voluto definire come “universalismo essenziale astratto”<sup>108</sup>, il quale conosce poi tutta una serie di «implicazioni particolaristiche»<sup>109</sup>, di modalità differenti di rivendicazioni (ovvero, secondo la nozione qui proposta, di “universalismi situati”). È un universalismo minimale: Walzer non induce a facili ottimismo quanto alla sostanza del nucleo comune, ma ragiona piuttosto in termini di «comunanze differenziate», di «pluralità di insiemi, parzialmente coincidenti, ognuno dei quali ha in comune con gli altri certi lineamenti», alcuni «tratti comuni... incorporati entro un particolare sistema culturale e elaborati in modi altamente specifici»<sup>110</sup>. «La reiterazione è universale», «anche nelle sue occasioni»<sup>111</sup>, ma produce differenze e ciò è evidente soprattutto se si passa da una formulazione astratta alla vita concreta: l'idea, ad esempio, del rispetto di tutti gli essere umani, in modo eguale, anche se «i suoi nomi si moltiplicano», «forse è sempre la stessa cosa, in base ad una definizione bastantemente astratta; ma in pratica, nella vita concreta di ogni giorno, sono cose molto diverse...»<sup>112</sup>.

È un universalismo, caratterizzato da un «punto focale particolaristico» e da una «tendenza pluralizzante»<sup>113</sup>, molto “vuoto” e “insicuro”: la sostanza dei valori comuni è di ardua individuazione, poco consistente e piuttosto instabile. Se, invece, il di-

<sup>107</sup> Tale visione “sottile”, universale, si coniuga con le visioni “spesse” (*thick*), particolaristiche, e in parte è data proprio dalla loro sovrapposizione (sul punto cfr. T. CASADEI, «*Senso del luogo*», cit., spec. p. 39).

<sup>108</sup> E, come questo, non tanto integrante un concetto presupposto quanto costruito attraverso le esperienze, ovvero – si perdoni il gioco di parole – “dedotto” induttivamente da esse (e non Assoluto).

<sup>109</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 134.

<sup>110</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., pp. 139-140.

<sup>111</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 141.

<sup>112</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 143.

<sup>113</sup> M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 131; gli elementi citati distinguono, fra l'altro, l'universalismo reiterativo da quello della legge generale, il «*covering-law universalism*» (*ibidem*, spec. p. 128).

scorso scende dal livello mondiale, universale, a quello della singola società, allora appare più ricca l'«identità comune di base», ciò che rende possibile in uno Stato la convivenza (se non l'unità): l'«insieme delle dottrine politiche, delle narrazioni storiche, delle figure esemplari, delle occasioni celebrative e dei riti della memoria mediante i quali lo stato si imprime nelle menti dei suoi membri»<sup>114</sup>. È un'identità costruita come «religione civile», sulla falsariga, non di una teologia assolutizzante e chiusa, ma di una socializzazione politica aperta e tendenzialmente conciliante verso le differenze; è un'identità che può esercitare all'interno dello stato degli effetti «benefici», perché è in grado di rendere «meno minacciosa la differenziazione successiva»<sup>115</sup>. Le varie religioni civili possono tollerarsi nella società internazionale (anzi, «solo» – afferma Walzer – in essa), ma di fatto «nella società internazionale la religione civile spesso favorisce l'intolleranza incoraggiando l'orgoglio particolaristico...»<sup>116</sup>: come a dire, differenze al livello *b*) non impediscono la sussistenza di un ipotetico livello *a*), che le trascenda e, al tempo stesso, ne assicuri reciprocamente l'esistenza (tramite, ad esempio, il riconoscimento del valore “tolleranza” o “reciproco rispetto”), ma ne rende difficoltosa la concretizzazione (da cui l'elaborazione di una concezione «minimale» dell'universalismo).

In un certo qual modo simile all'«identità comune di base» di Walzer è l'idea di «patriottismo costituzionale» di Jürgen Habermas<sup>117</sup>, il quale però più del primo pare “pronto” ad af-

<sup>114</sup> M. WALZER, *On Toleration* (1997), trad. it. *Sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 106.

<sup>115</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., p. 106. La capacità della «religione civile» di convivere con le differenze e rendere possibile la loro reciproca convivenza molto dipende dalle caratteristiche della stessa religione civile: «la probabilità che la tolleranza funzioni bene è tanto più elevata quanto meno la religione civile assomiglia a una... religione» (*ibidem*, p. 107).

<sup>116</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., p. 106.

<sup>117</sup> Per un commento al pensiero di Habermas in tema di diritti, si rinvia anche a quanto osservato in precedenza (parte I, cap. II).

frontare una estensione dalla sfera statale a quella mondiale, nella forma di una sorta di patto costituzionale universale. Peraltro, gli elementi di identità e coesione, nel passaggio dal livello della singola comunità a quello della comunità globale, si modificano: mentre a livello di singola comunità, vi è una «particolare autocomprensione etico-politica», ovvero «anche quando questa comunità si costituisce secondo i principi universalistici dello stato democratico costituzionale, essa forma pur sempre una identità collettiva che interpreta e implementa tali principi alla luce della sua storia e nel contesto della sua forma-di-vita»<sup>118</sup>, a livello globale, i cittadini cosmopolitici «possono derivare la loro coesione normativa soltanto da una autocomprensione giuridico-morale», che non esclude nessuno e in cui «sono soltanto i “diritti dell’uomo” – ossia norme giuridiche dal contenuto esclusivamente morale – a formare il quadro normativo»<sup>119</sup>.

All’interno di una singola società, dunque, il *quid commune* è rappresentato dalla condivisione della «cultura politica», la quale «si radica in una certa interpretazione dei principi costituzionali: interpretazione che ogni nazione elabora a partire dalla prospettiva specifica delle sue esperienze storiche e che quindi non sarà mai eticamente neutrale»<sup>120</sup>, è

<sup>118</sup> E, in tal modo, viene a distinguersi da altre comunità, «da *altre* tradizioni e orientamenti di valori»: cfr. J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 95.

<sup>119</sup> J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 95.

<sup>120</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 94. L’Autore segna la distanza fra condivisione della cultura politica (il patriottismo costituzionale) e nazionalismo: come ricorda M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriottismo e nazionalismo nella storia*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 168-170, «diversamente dal nazionalismo, il patriottismo costituzionale separa l’ideale politico della nazione di cittadini dalla concezione del popolo inteso come un’unità prepolitica di linguaggio e di cultura» (Violi osserva come Habermas separi il patriottismo costituzionale anche dal repubblicanesimo, ma critica la concezione di repubblicanesimo di

*un*<sup>121</sup> «patriottismo costituzionale» o «consenso procedurale»<sup>122</sup> contestualizzato ma, a sua volta, aperto rispetto a differenti «form[e] di vita» *culturale*<sup>123</sup>. Si forma una «solidarietà civica», di tipo attivo, che – sottolinea Habermas – si spinge fino all'accettazione delle politiche redistributive dello stato sociale; a livello globale, invece, la solidarietà cosmopolitica «deve fondarsi soltanto sull'universalismo morale rappresentato dai diritti umani» e possiede «un carattere semplicemente reattivo», garantendo «la coesione cosmopolitica soprattutto a partire da sentimenti di indignazione nei confronti delle infrazioni giuridiche»<sup>124</sup>.

In altri termini – pare di poter sintetizzare –, a livello di stato si astrae dalle particolarità (culturali) dei gruppi; a livello mondiale, invece, si astrae anche dalle specifiche interpretazioni della cultura politica, dai singoli patriottismi costituzionali, da quella «“pregnanza etica” che fa sempre riferimento a una

Habermas, sostenendo che esso non è legato ad una comunanza di cultura, ma all'appartenenza ad una comunità politica, onde non è in rottura con il concetto di patriottismo costituzionale, ma ne rappresenta piuttosto «una nuova versione»).

<sup>121</sup> Si sottolinea “*un*”, ad indicare la particolarità di ciascuna comunità politica.

<sup>122</sup> Utilizzando la terminologia habermasiana.

<sup>123</sup> Il discorso, in particolare, riguarda una società politica legata a principi costituzionali di tipo universalistico, la quale – afferma J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992, p. 135 – richiede, ad esempio, «dai nuovi cittadini immigrati... la disponibilità ad abbracciare la cultura *politica* della loro nuova patria», ma non a «rinunciare alla “forma di vita” *culturale* della loro origine»; «lo stato democratico di diritto», cioè, «può legittimamente pretendere dagli immigranti solo una socializzazione politica di tipo a)», ovvero solo una «assimilazione come approvazione dei principi costituzionali, all'interno dell'orizzonte interpretativo definito volta per volta dall'autocomprensione etico-politica dei cittadini e dalla cultura politica del paese. Il che significa una assimilazione alle modalità con cui la società accogliente istituzionalizza l'autonomia civica e pratica, ciò che Rawls definisce “l'uso pubblico della ragione”» (J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., pp. 98-99).

<sup>124</sup> J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 96.



storia condivisa»<sup>125</sup>: con il passaggio a sfere via via più ampie ed inclusive si riduce l'identità comune<sup>126</sup>.

In generale, poi, quanto al contenuto (e al raggiungimento) di tale identità, si può richiamare quanto osservato in precedenza sulla difficoltà di ipotizzare un profilo procedurale scevro di scelte e presupposti: facilmente – come già detto – anche l'etica discorsiva habermasiana “presuppone”, e non solo elementi formali (i quali peraltro spesso si confondono con quelli sostanziali). Al di là, peraltro, dell'assunzione di “credenze”, la proposta del filosofo tedesco pare potersi inscrivere fra le teorie che prevedono una costruzione del livello *a*); basti, in proposito, ricordare come essa annoveri fra gli elementi fondamentali per raggiungere il *quid* comune (il patriottismo costituzionale, i diritti dell'uomo) il riconoscimento reciproco, un consenso convergente, che si crea attraverso discorsi, che sono sì razionali (con tutte le implicazioni e i presupposti da “credere” che da ciò discendono)<sup>127</sup>, ma che sono pronunciati da ciascuno secondo le proprie convinzioni, i propri argomenti (magari legati alla sua particolare «forma di vita culturale»)<sup>128</sup>.

Un'ottica parzialmente differente è quella di Salvatore Veca, il quale identifica i diritti umani «nel centro focale dell'area del consenso per intersezione», quali «diritti umani politica-

<sup>125</sup> Cfr. (anche, in generale, per un commento alle caratteristiche della cittadinanza cosmopolitica habermasiana), L. CEPPA, *I contenuti etici*, cit., p. 55: «giunto al suo livello più alto, il patriottismo costituzionale diventa patriottismo cosmopolitico, depurandosi di ogni specificità etico-culturale e restringendosi alle sole dimensioni universalistiche del diritto e della morale».

<sup>126</sup> Anche se si può immaginare un *continuum* fra «cittadinanza politica e cittadinanza cosmopolitica» (J. HABERMAS, *Morale*, cit., p. 136).

<sup>127</sup> In argomento sia consentito rinviare a quanto osservato *supra* (parte I, cap. II).

<sup>128</sup> Fra chi sottolinea come Habermas tenti di conciliare contestualità e universalismo, L. CEPPA, *I contenuti etici*, cit., pp. 47 ss.; L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., p. 91.

mente neutrali»<sup>129</sup>. Si assume la presenza di un contesto plurale e, «in una situazione di simmetria fra i commentatori che sono sotto velo di ignoranza quanto alle concezioni del bene di ciascun partecipante, si proced[e] allo scambio dell'informazione che consiste nella comunicazione dei commenti sulle circostanze in cui una vita umana non è degna di essere vissuta»: «l'*insieme dei commenti* che precede il riconoscimento della differenza fra i commentatori è... l'area di consenso per intersezione nel cui centro focale vi è la tesi sui diritti umani»<sup>130</sup>.

Vi è dunque, nella teoria di Veca, innanzitutto una *costruzione*<sup>131</sup> del livello *a*): «l'universalismo non è un dato... Esso è un *modo di guardare* noi stessi e il mondo che è l'esito di una procedura costruttiva»<sup>132</sup>; in secondo luogo, non manca il riconoscimento delle differenze, dei contesti (del livello *b*). L'Autore, infatti, se, da un lato, insiste nel precisare che il nucleo comune è individuato a prescindere dalle differenze, è costituito

<sup>129</sup> S. VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 373; ricorda E. VITALE, «*Valori asiatici*», cit., p. 313, come Veca riformi in «versione cosmopolita», la «strategia argomentativa del «consenso per intersezione» proposta da John Rawls» (sulla posizione di Rawls si rinvia a quanto osservato *ante*, parte I, cap. II, par. II.2; in specie sul consenso per intersezione, cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., pp. 123 ss.).

<sup>130</sup> S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 375.

<sup>131</sup> La costruzione peraltro assume alcuni fondamenti (presupposti) quali il velo dell'ignoranza, la comunicazione delle informazioni, la centralità del concetto (in negativo, nel senso di «ciò che non costituisce») di dignità umana, entrando così nell'area del «credo»; in argomento, cfr. E. VITALE, «*Valori asiatici*», cit., p. 319: «Veca approda... ad un'originale forma di meta-contrattualismo cosmopolitico, che non pare presupporre una definizione dell'uomo come soggetto di libertà, ma, per un verso, come essere dotato di competenze linguistiche e, per l'altro, come portatore di possibile sofferenza fisica (biologica) e psicologica (identitaria)».

<sup>132</sup> S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 241. La procedura costruttiva, fra l'altro, non è concepita come statica: i diritti umani si fondano «sull'edificio in permanente costruzione e ricostruzione dei commenti su che cosa si prova a vivere vite umane» (*ibidem*, p. 374).

da «quanto i commentatori possano continuare a dire sulle circostanze in cui una vita umana non è degna di essere vissuta sino a *quando* non cominci a divenire chiara e riconoscibile la differente identità dei commentatori»<sup>133</sup>, dall'altro sottolinea come «la prospettiva cosmopolitica non ci chiede di trattarci come "sé vuoti" o disincarnati, come agenti senza qualità, né identità o fisionomia»<sup>134</sup>. Peraltro i contesti, le storie diverse, se possono fornire le *proprie* ragioni per proteggere i diritti umani<sup>135</sup>, non sembra che concorrano all'individuazione degli stessi: «le ragioni per cui i diritti umani devono poter essere accettati da tutte le società bene ordinate non possono dipendere da una particolare versione del mondo...»<sup>136</sup>.

Si può in sintesi osservare che Veca sembra porre l'accento, più che sulla ricerca del minimo comun denominatore *fra* le culture, sull'individuazione degli elementi comuni *oltre* le culture<sup>137</sup>, quasi che volesse costruire i diritti umani prescindendo dalle culture, pur riconoscendone il valore plurale; ciò – sembrerebbe – soprattutto per quanto concerne la determinazione dei diritti (universali), mentre quanto alla legittimazione con-

<sup>133</sup> S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 375.

<sup>134</sup> S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 241.

<sup>135</sup> È, ad esempio, la nostra storia (liberale-occidentale) «che rende conto delle ragioni per cui noi includiamo i diritti umani tra le clausole del ragionevole diritto dei popoli. Ma altri, entro società non liberali e tuttavia bene ordinate, possono trovare in altre storie, le *loro*, le ragioni per impegnarsi a proteggerli e a farli proteggere» (S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 249).

<sup>136</sup> S. VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 249; la priorità non spetta a «quanto dipende ed è rispondente alla varietà... delle forme di vita condivise», ma a «quanto mutuamente ci dobbiamo come esseri semplicemente umani» (*ibidem*, p. 240). Una piccola osservazione sia consentita in relazione all'inciso «società bene ordinate»: tale riferimento pare un po' stonare in una costruzione di tipo astratto, razional-discorsivo, come è quella della comunicazione sotto il velo dell'ignoranza.

<sup>137</sup> L'intersezione è *fra* le culture, ma tralasciando quanto più di specificamente identitario vi è nelle culture: quasi a dire l'intersezione è là dove vi è la cultura umana e dove, convergendo, terminano le culture.

corrono (anche se forse non su un piano di parità) la procedura del consenso per intersezione e le «ragioni» delle singole culture.

La questione se i principi condivisi sono *interculturali* o *sovraculturali* è senza dubbio affascinante. I principi – si conceda qui di darlo per assunto – rappresentano il minimo comun denominatore fra le culture e sono individuati attraverso un confronto interculturale, ma sono appartenenti a tutte le culture e, quindi, (inter)culturali, oppure essi incominciano là dove terminano le differenze culturali e sono, quindi, sovraculturali<sup>138</sup>? Conformemente alla nozione di universalismo qui proposta, si preferisce considerarli interculturali per sottolineare il fatto che essi appartengono a tutte le culture, in ipotetica contrapposizione ad una concezione che disgiungendoli dalle culture quasi li assolutizza: la loro stabilità – come già detto – dipende dalla loro “costanza” nel tempo e nello spazio, cioè da elementi di “vedo”, storici e, in quanto tali, inseriti in un (più) contesto (i), ovvero culture. In questo senso non si è d'accordo con chi afferma, a proposito della regola aurea, ovvero di un principio ritenuto comune, che essa «non ha un carattere *culturale*; non lo ha, perché non esiste un *modo univoco*, culturalmente determinato e culturalmente discriminante, per ottemperare ad essa. La sua universalità dipende in definitiva proprio da questo, dal fatto che essa si pone *di principio* al di sopra di tutte le culture»<sup>139</sup>. Ora, se è vero che le varie culture conoscono prassi differenti ed anche regole diverse, è pur vero che, nonostante ciò, esse possono avere paradigmi di riferimento coincidenti o simili (pur se formulati in modo diverso e “simili”, come visto, anche solo “funzionalmente”). In altre parole, la considerazione che il livello *b*) sia differente, rappresenti diversi modi di giustificazione, legittimazione ed anche, magari, tradu-

<sup>138</sup> Si noti: *sovra* e non *a* – culturali, perché comunque si postula il loro legame con le culture, il loro essere individuati attraverso le culture.

<sup>139</sup> F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 41.

zione e applicazione, di principi uguali al livello *a*), non implica che la sostanza del livello *a*) non appartenga ad una cultura, o, meglio, a più culture: che ogni cultura elabori e applichi in modo proprio un certo principio, nulla toglie al fatto che quel principio sia condiviso da altri e rappresenti un nucleo comune o minimo comun denominatore “appartenente” a tutti. Se si ragiona, invece, in termini di sovraculturalità si aprono le porte a concezioni oggettive, di “credo” intorno ad una comune essenza o destino umano e si rischia di ridurre la prospettiva interculturale ad un ruolo sussidiario, di argomentazione concorrente.

Tornando al ragionamento di Veca, non si può prescindere dalle considerazioni più recenti dell'Autore, il quale accentua il carattere minimalista e negativo della sua prospettiva<sup>140</sup>: muovendo dalla constatazione che il «reame dei valori... è intrinsecamente pluralistico»<sup>141</sup>, rileva come l'individuazione, per così dire, positiva del nucleo comune appare poco promettente, finendo paradossalmente per rafforzare le differenze<sup>142</sup>, mentre pare più “facile” raggiungere una convergenza su ciò che è male. «L'idea del bene ci *divide*, mentre ciò che può *unirci* è l'idea del male»<sup>143</sup>: il nodo centrale è considerare «il male umano come il preclusore *par excellence* del bene, di qualsivoglia bene

<sup>140</sup> Viene sviluppata l'idea – già ricordata – che focalizza l'attenzione su quanto rende una vita *non* degna, piuttosto che su quanto la rende degna.

<sup>141</sup> S. VECA, *I diritti umani*, cit., p. 117.

<sup>142</sup> «Alcuni filosofi e pensatori religiosi hanno cercato di identificare qualcosa come un minimo comun denominatore o un nucleo invariante al variare delle concezioni religiose o etiche del bene umano... Manovre intellettuali di questo genere sono tanto inevitabili e degne di lode, quanto poco promettenti: ciascuno tende a riconoscere negli altri quanto gli è più familiare... Così, la conclusione desolante è che l'esercizio che mira alla condivisione finisce spesso paradossalmente per rafforzare la differenza e si espone per di più alla critica e al sospetto per cui il pluralismo genuino non è preso sul serio» (S. VECA, *I diritti umani*, cit., pp. 119-120).

<sup>143</sup> S. VECA, *I diritti umani*, cit., p. 115.

umano», focalizzando «le ragioni della *non eleggibilità* di una vita»; «lo spazio del bene implica... il lavoro dell'interpretazione» e, dunque, è riconoscibile «come lo spazio pluralistico dei beni umani», mentre «lo spazio del male sembra richiedere meno impegno interpretativo»<sup>144</sup>.

L'Autore postula una «*asimmetria*» fra i due spazi: quello del male, «in cui redigiamo l'indice dei mali sociali primari», e quello del bene, «in cui produciamo e riproduciamo interpretazioni distinte e variegate»; i diritti umani si situano sulla soglia, sul confine fra i due spazi, a perimetrare la regione del male<sup>145</sup>.

Solo se i diritti umani si mantengono sul confine è possibile «sostenere, al tempo stesso, le ragioni dell'universalismo dei diritti umani e le ragioni del pluralismo morale, religioso e culturale»: in questo senso l'Autore sostiene «la tesi sulla priorità del male»<sup>146</sup>.

Molto chiaro sul punto è Michael Ignatieff (le cui tesi, del resto, sono l'oggetto del commento di Veca che sfocia nelle riflessioni in discussione): «chi proviene da culture diverse può continuare a essere in disaccordo riguardo a ciò che è il bene, ma nondimeno essere d'accordo su ciò che è insopportabilmente e indiscutibilmente sbagliato. Gli impegni universali implicati dai diritti umani possono essere compatibili con un'ampia varietà di modi di vivere solo se l'universalismo sotteso è consapevolmente minimalista. I diritti umani possono meritare l'assenso universale solo in quanto teoria decisamente "leggera" di cos'è giusto, in quanto mera definizione delle condizioni minime per ogni genere di vita»<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> S. VECA, *I diritti umani*, cit., pp. 120-121.

<sup>145</sup> S. VECA, *I diritti umani*, cit., pp. 121-122.

<sup>146</sup> S. VECA, *I diritti umani*, cit., p. 122. La tesi viene articolata dall'Autore anche come base per una giustificazione e definizione (minimaliste) sui diritti umani, sviluppando criticamente le suggestioni di M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit.

<sup>147</sup> M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., p. 58.

La condivisione in negativo attrae: ma è veramente *così* diversa? è veramente *tanto* più facile raggiungere l'accordo su ciò che non si vuole?

Se ben si considera, forse, l'impostazione in esame non è molto diversa dal concetto di universalismo situato qui proposto (o da altre elaborazioni "minimaliste", come quella di Walzer): si salva, in entrambe, l'idea che esistono posizioni, e credenze, differenti sul bene, sul contenuto concreto della dignità umana; si muove, in entrambe, dall'idea che un vero universalismo, che non sia imperialismo, in molta o minima parte, non può che essere "ristretto" perché il mondo è plurale.

Ma, ciò che è «insopportabilmente e indiscutibilmente sbagliato» (Ignatieff) o i «mali sociali primari» (Veca) sono (non sono che) il risvolto di ciò che per tutti è il bene minimo, essenziale? Si consideri che entrambi gli Autori nel riferimento al «male» sembrano enucleare una nozione minima: non si può individuare tutto ciò che è male per tutti, ma, semplicemente, ciò che per tutti è male, il "sommo" male (il *quid* comune del male).

Si immagini, da un lato, l'individuazione di ciò che *tutti* gli uomini rifuggono come male, dall'altro, l'identificazione degli elementi positivi (di bene) che tutti gli uomini ritengono tali e si consideri come tale identificazione non escluda che l'idea per cui un dato elemento è "bene" possa essere diversa (possibilità di differenze nei fondamenti) o come l'identificazione stessa, lungi dall'avere pretese di esaustività, si limiti ad enucleare ciò che vi è di comune nelle varie concezioni del bene, o, come, comunque, essa possa conoscere, al di là dell'essenza dell'elemento comune, delle specificazioni (contestualizzazioni) differenti.

Se è vero che il contrario di ciò che è male per tutti non è necessariamente ciò che è il *Bene* per tutti, è anche vero che è bene per tutti: ciò può avvicinare la prospettiva minimalista negativa a quella positiva.

### II.3.3. *In particolare: sulla sostanza del nucleo comune*

Riprendendo la navigazione fra le teorie, si può dirigere la prua verso chi tenta, “in positivo”, di delineare il nucleo comune o contenuto dell’intersezione; in questo arcipelago ci si può accostare, ad esempio, a Pier Cesare Bori, il quale, da una prospettiva di “filosofia morale”<sup>148</sup>, indica alcuni «convincimenti etici fondamentali che molta parte dell’umanità ha posto e pone a fondamento del vivere sociale» (i quali sorreggono i diritti umani): fra essi, a titolo esemplificativo, «la certezza che il diritto non si attua senza il sentimento dell’obbligo verso ogni essere umano», «il privilegio e l’onore riconosciuto ai deboli», «la superiorità di chi sa non rispondere al male con il male...», «il valore dell’agire secondo coscienza, a prescindere dai frutti», «l’esistenza assunta come somma di benefici che occorre restituire», «il rispetto e la pietà per ogni vivente», ...<sup>149</sup>. L’idea dell’Autore è «una elaborazione etica collettiva in cui la pluralità delle tradizioni, ivi compresa quella ebraica e quella ebraico-cristiana, tutte accolte criticamente, confluisca in un complesso di convincimenti fondamentali, comunemente condivisi (sia pure con inevitabili contrasti e conflitti)»<sup>150</sup>. Tale etica comune costituisce la base, consensuale ed universale, dei diritti umani, rappresenta una «enucleazione dell’essenziale attraverso le differenze»<sup>151</sup>: ogni cultura, in questa prospettiva – e qui

<sup>148</sup> Una prospettiva che l’Autore considera un approccio «storico, o storico-religioso», che «gravita poi... verso l’enunciato etico» (P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 10).

<sup>149</sup> P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., pp. 88-90; l’Autore dimostra i vari «convincimenti etici», citando a loro supporto passi della Bibbia, filosofi greci, pensieri gandhiani, sure del Corano, temi buddisti.

<sup>150</sup> P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 87.

<sup>151</sup> P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 33; in argomento Bori ricorda «l’indicazione di Rousseau, nel *Saggio sull’origine delle lingue*: “Quando si vuole studiare gli uomini occorre guardare presso di sé, ma quando si vuole studiare l’uomo occorre imparare a portare lontano il proprio sguardo, occorre osservare prima le differenze per scoprire le proprietà”» (*ibidem*).



Bori indica anche la via per giungere all'elaborazione e all'implementazione dei «convincimenti etici fondamentali»<sup>152</sup> – deve anzitutto «valorizzare... quegli elementi che siano suscettibili di un'interpretazione in direzione universalistica», «sulla premessa che particolarità e universalità non sono tra loro in contrasto, e che una tendenziale, inespressa e mai pienamente esprimibile universalità si dia»<sup>153</sup>. La procedura è dunque basata sulla «conoscenza di culture diverse» e sul loro confronto: in questo senso è un “vedo”, una ricerca empirica, una dimostrazione, anche se si adombra, con il riferimento alla «premessa» ricordata, un “credo”.

Bori, del resto, nel prosieguito, osserva che «se è impossibile una dimostrazione del fondamento, nella sua purezza incondizionata e nella sua universalità,... è invece possibile intraprenderne una verifica nella coscienza dei popoli»<sup>154</sup>: ma, allora, la «verifica nella coscienza dei popoli» ha un valore “necessario” (fondante), o solo ricognitivo, *ex post*? Comunque sia, trattando dell'enucleazione dei «convincimenti etici fondamentali» attraverso le differenze, gli aspetti di “credo” paiono non tanto un presupposto, una componente dell'ipotesi interpretativa, ma, quasi, l'orizzonte nel quale si “spera” di lavorare.

La verifica dell'«accordo della coscienza universale» come elemento fondamentale è la stessa – come ricorda Bori<sup>155</sup> – di Simone Weil, la quale si riferisce all'obbligo «verso l'essere umano in quanto tale», «per il solo fatto che è umano», obbligo che è «eterno» e «incondizionato», «non si fonda su alcuna convenzione» e «non appartiene al nostro mondo», non vi ha fondamento, ma «è espresso da taluni dei più antichi testi che

<sup>152</sup> L'Autore si riferisce ad un «contesto pluriculturale e con una tensione universalistica che assuma come fondamento e miri ad accrescere ed elaborare il consenso... attorno ai convincimenti etici fondamentali» (P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 88).

<sup>153</sup> P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 39.

<sup>154</sup> P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., p. 92.

<sup>155</sup> Cfr. P. C. BORI, *Per un consenso*, cit., pp. 91-92.

ci siano conservati. Viene riconosciuto da tutti...» e su di esso converge una coscienza umana «che non ha mutato mai»<sup>156</sup>.

Per indagare sulla consistenza di tale accordo, viene sottolineata l'importanza di un approccio antropologico: «perché si attinga l'unità (che si deve distinguere dall'uniformità), occorre partire dalla pluralità delle rappresentazioni del mondo e dell'uomo»<sup>157</sup>; «i diritti dell'Uomo non possono più essere definiti al di fuori di un contesto di pluralità culturale, che si allontana dalla loro prima formulazione storica» e «ciò giustifica che sia loro applicato il metodo proprio dell'antropologia giuridica, che considera i fenomeni giuridici secondo un'ottica ad un tempo *pluri-* ed *inter-culturale*»<sup>158</sup>. Il canto dei diritti umani – afferma Norbert Rouland – è «polifonico»<sup>159</sup> e, ascoltandone qualche voce, si capisce come l'idea stessa di dichiarazione universale dei diritti dell'uomo «può essere recepita, nelle diverse aree del mondo, solo in maniera differenziata»<sup>160</sup> e come una «concretizzazione storica» dei diritti è possibile solo se la loro formulazione risulta «da interpretazioni incrociate delle concezioni operanti nei diversi contesti culturali»<sup>161</sup>. Una tale concezione pluriculturale dell'universalismo – secondo l'Autore – è poi «tecnicamente» favorita dal «riconoscimento dei diritti culturali e della collettivizzazione di alcuni diritti dell'Uomo»<sup>162</sup>.

<sup>156</sup> S. WEIL, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'Être humain*, 1949, trad. it. *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano*, SE, Milano, 1990, pp. 14-15; l'Autrice quale oggetto dell'obbligo cita i «bisogni umani che sono vitali», fra i quali, *in primis*, il nutrimento (p. 16).

<sup>157</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 245.

<sup>158</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 301.

<sup>159</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 260.

<sup>160</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 263.

<sup>161</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 270; in questa prospettiva rileva l'antropologia giuridica che mira ad «individuare un certo numero di invarianti caratteristiche dell'uomo come tale, e regole di interpretazione delle variazioni...» (*ivi*, p. 253).

<sup>162</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., pp. 301-302.

La considerazione, infatti, della diversità culturale, porta, oltre che, innanzitutto, alla distinzione dei diritti dell'uomo in varie categorie, alcune dotate del carattere dell'inderogabilità ed altre suscettibili di differenti interpretazioni, alla previsione, per l'appunto, dei diritti culturali<sup>163</sup>.

In questa prospettiva, il "nucleo comune del e nel pluralismo" è individuato in quattro diritti intangibili, riconosciuti nelle principali convenzioni internazionali sui diritti umani, diritti «che si possono considerare come gli attributi inalienabili della persona umana, fondati in quanto tali su valori che è dato ritrovare, in linea di principio, in tutti i patrimoni culturali e sistemi sociali»: diritto alla vita, diritto a non subire la tortura, diritto a non essere ridotto in schiavitù, diritto alla non-retroattività della legge penale<sup>164</sup>. Al di là del «nucleo minimo intangibile» sussiste la diversità, che solo gradualmente recederà, per mezzo, in specie, di patti e garanzie regionali, realizzando «una sorta di decentramento» dei diritti umani, «necessario alla conservazione della loro unità»<sup>165</sup> (una forma di "universalismo situato"?).

Anche a livello pre-giuridico, non mancano i tentativi di individuare le regole o prescrizioni condivise (universali), in proposito, oltre gli esempi già ricordati, si può citare, sempre in un orizzonte antropologico, Claude Lévi-Strauss, il quale definisce la norma che proibisce l'incesto l'«unica tra tutte le regole sociali» dotata del «carattere di universalità»<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 278, nonché, in specifico sui diritti culturali, pp. 281 ss.; in generale, sul tema dei diritti culturali, vedi più ampiamente *infra* (osservazioni conclusive).

<sup>164</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., pp. 279-280.

<sup>165</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 254.

<sup>166</sup> C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, Feltrinelli, Milano, 1969, p. 47. L'Autore, tra l'altro, sottolinea come la norma che proibisce l'incesto costituisce «il passo fondamentale grazie al quale, per il quale, e soprattutto nel quale, si compie il passaggio dalla natura alla cultura. In un certo qual senso essa appartiene alla natura, giacché costituisce una condizione generale della cultura: di conseguenza non bisogna meravigliarsi che essa ritenga dalla natura il suo carattere formale, ossia l'universalità. Ma in un certo altro

La considerazione che «l'antropologia non si limita... alla mera constatazione relativistica della diversità»<sup>167</sup>, ma, attraverso le diversità, possa giungere, o miri, all'individuazione di un nucleo comune o somiglianze, è condivisa anche dall'antropologo Clifford Geertz, secondo il quale «la soluzione non può risiedere nel rinvio a vaghe banalità sull'essenza del genere umano o nella ricerca di similitudini e comunanze fondamentali»<sup>168</sup>, ma occorre capire «come è fatto il terreno»<sup>169</sup>: data la molteplicità delle culture<sup>170</sup>, «gli appigli per navigare in un mondo frammentato verranno alla luce solo grazie a un paziente e modesto lavoro di avvicinamento»<sup>171</sup>. Il riconoscimento – indiscutibile – della differenza non significa che essa debba essere intesa come «negazione della somiglianza»<sup>172</sup>,

senso essa è già la cultura che agisce e impone la propria regola in seno a fenomeni che inizialmente non dipendono da lei» (p. 67): ed è proprio dal «suo essere cerniera» tra due mondi (natura e cultura) che discendono – come è stato osservato – l'«effettiva universalità» (come postulato e non solo come dato empiricamente rilevabile) e la «assoluta unicità» della norma in questione (F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 43).

In generale, per una efficace ricostruzione del pensiero di Lèvi-Strauss sul concetto di universale, sul suo rapporto con l'umanesimo e le differenze culturali, cfr. T. TODOROV, *Noi e gli altri*, cit., pp. 73 ss.

<sup>167</sup> N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., p. 253.

<sup>168</sup> C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 58-59.

<sup>169</sup> C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 20.

<sup>170</sup> «La molteplicità delle culture è un dato certo, anzi in aumento» (C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 59); il mondo oggi vive un paradosso: «la globalizzazione crescente comporta un aumento delle nuove differenziazioni, e a interconnessioni sempre più globali fanno da contraltare divisioni sempre più intricate. Cosmopolitismo e provincialismo... sono interconnessi e si rafforzano a vicenda» (*ibidem*, p. 57).

<sup>171</sup> C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 19.

<sup>172</sup> C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 25; prosegue l'antropologo, «un lavoro di precisione capace di portare alla luce la varietà non è sostanzialmente diverso da un lavoro di caratterizzazione generale in grado di determinare le affinità» (*ibidem*, p. 26).

ma piuttosto che occorre «farsi carico delle diversità... per tornare ad una teorizzazione «meno teorica», ovvero più legata alla concretezza e più sensibile alle differenze»<sup>173</sup>. Non ci si può avvalere «di grandi idee», ma nemmeno si deve «rinunciare del tutto a progetti sintetizzanti»<sup>174</sup>, o arrendersi ad un relativismo a-teoretico, e l'antropologia può aiutare a ridurre l'inconciliabilità di «un mondo diviso in frammenti, in conflitto fra di loro»<sup>175</sup>.

Fra chi assegna un ruolo centrale alle differenze si può citare anche Raimon Panikkar, il quale adotta una concezione «forte» di pluralismo: il pluralismo «si dà quando si prende coscienza del fatto che ci sono due (o più) visioni assolutamente incompatibili» e consiste nel «trovare un ambito di tolleranza fra differenti visioni irriducibili della realtà e fra prassi incompatibili»<sup>176</sup>. Non vi sono né una cultura globale né una prospettiva globale, non vi è e non vi può essere una religione universale, e la cultura moderna nel «suo slancio di infinito», nella «sua sete di assoluto che la spinge a diventare universale», si autodistrugge («ogni pretesa di assoluto scoppia, più o meno violentemente, nel regno del relativo»)<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> Così A. PIRNI, *Il mondo in frammenti e il collante antropologico. Politica e antropologia nel pensiero di Clifford Geertz*, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, p. 83.

<sup>174</sup> C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 21.

<sup>175</sup> Prospettiva, questa, che Geertz non esita a definire «terrificante» (C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., p. 9). L'idea dell'Autore, formulata – sembra – in specie in relazione ad «un paese» (sul punto cfr., A. PIRNI, *Il mondo in frammenti*, cit., pp. 98-99) –, è la creazione di strutture complesse, differenti da paese a paese, che lascino posto alle tensioni culturali, «pur mantenendole entro certi limiti», senza assolutizzare «la spinta a formare goccioline... monocrome di politica e cultura» o la tendenza verso l'omogeneizzazione (C. GEERTZ, *Mondo globale*, cit., pp. 71-72).

<sup>176</sup> R. PANIKKAR, *La torre di Babele. Pace e pluralismo*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (FI), 1990, p. 61.

<sup>177</sup> R. PANIKKAR, *La torre di Babele*, cit., pp. 144 ss. (spec. p. 154).

In questa prospettiva, i diritti umani, propri dell'Occidente, non si possono traslare in altri contesti, ma occorre trovare l'«equivalente omeomorfo» del concetto di diritti umani, ovvero il *quid* che in un altro contesto culturale esercita la stessa funzione assolta in ambito occidentale dai diritti umani<sup>178</sup>. Questo può significare, ad esempio, istituire una equivalenza tra la nozione di diritti umani e quella indiana di «*svadharma*» (il *dharma* che riguarda tutti gli esseri)<sup>179</sup>.

Il pluralismo di Panikkar rifugge da ogni assoluto, da qualsivoglia «principio supremo del bene e del male»<sup>180</sup>, anche se «costruito», e, nella relazione fra culture, privilegia il concetto di «equivalenza». Attraverso la contestualizzazione «radicale» dell'«equivalente omeomorfo», l'atteggiamento pluralista «estremo» (puro), la centralità della considerazione del «tu di qualsiasi essere umano»<sup>181</sup>, si assottiglia la sostanza del nucleo comune; la coscienza delle particolarità del livello *b*), se non porta ad ipotizzare che le incompatibilità debbano necessariamente essere votate allo scontro, conduce tuttavia ad immaginare una comunanza «debole», non «in qualcosa», ma «intorno a qualcosa che è come se fosse un'altra». E, se non è sempre facile cogliere la differenza fra comunanza nei principi ed equivalenza, ad esempio, nelle finalità, si può comunque abbozzare l'esistenza, nel pensiero di Panikkar, di una sfumatura «particolarista», di una insistenza sulle differenze, sul carattere di

<sup>178</sup> Cfr. R. PANIKKAR, *È universale il concetto di diritti dell'uomo?*, in *Volontari e Terzo Mondo*, 1990/12, pp. 24 ss.; per un'applicazione del concetto di «equivalente omeomorfo» (in specifico alla filosofia), cfr. anche ID., *La torre di Babele*, cit., spec. pp. 48-50 (gli «equivalenti risponderebbero non al concetto di filosofia ma, in senso esistenziale, alla funzione corrispondente che la filosofia è venuta assumendo in Occidente»).

<sup>179</sup> Cfr. R. PANIKKAR, *È universale*, cit., nonché la ricostruzione in proposito di T. RAVAZZOLO, *Considerazioni intorno all'universalità dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/1, p. 53.

<sup>180</sup> R. PANIKKAR, *La torre di Babele*, cit., p. 62.

<sup>181</sup> R. PANIKKAR, *La torre di Babele*, cit., p. 96.

«fonte *ontonom*a di intelligibilità»<sup>182</sup> di ogni cultura. Tutto ciò porta l'Autore, tornando all'oggetto del nostro discorso, a dubitare dell'universalità dei diritti umani, sia come concetto che come simbolo<sup>183</sup>, ipotizzando al più una convergenza non su di essi, a partire da differenti punti di vista, ma – come già detto – su concetti che possono assolvere alla loro stessa funzione<sup>184</sup>.

Fra chi, nell'ambito di un approccio transculturale, ritiene centrale nel trattare del «valore umano», ovvero di ciò che è degno di essere umano, ragionare non tanto o, meglio, non solo, in termini di diritti umani, si può citare anche Martha C. Nussbaum<sup>185</sup>. L'Autrice preferisce, al linguaggio dei diritti umani, quello delle «capacità», ritenendole complementari<sup>186</sup> e vicine ai diritti umani, ma meno «ambigue» di questi ultimi<sup>187</sup>.

<sup>182</sup> R. PANIKKAR, *La torre di Babele*, cit., p. 62.

<sup>183</sup> Cfr. T. RAVAZZOLO, *Considerazioni*, cit., pp. 53-54.

<sup>184</sup> In modo simile, per alcuni aspetti, a Walzer? Una stessa funzione può essere assolta in modo diverso, ma, in quanto tesa allo stesso scopo, essere equivalente (Panikkar); le prassi possono essere diverse, ma semplicemente come reiterazioni di una medesima idea o rivendicazione (Walzer).

<sup>185</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2002; per un primo commento all'approccio dell'Autrice, cfr., da ultimo, E. GREBLO, *Dai diritti alle capacità. L'universalismo contestuale di Martha Nussbaum*, in *Filosofia politica*, 2002/2, pp. 249 ss.; D. CARUSI, *Dignità umana, capacità, famiglia: la giustizia sociale nei più recenti scritti di Martha Nussbaum*, in *Pol. dir.*, 2003, pp. 103 ss. (spec. p. 106).

<sup>186</sup> «...il quadro di riferimento delle capacità e quello dei diritti umani sono complementari» (M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 92).

<sup>187</sup> Fra le ambiguità dei diritti umani citate da M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit.: «i diritti sono stati concepiti in molti modi diversi», «non c'è accordo su quale sia la *base* di una giusta rivendicazione: la razionalità, la sensibilità e la mera esistenza hanno tutte avuto i loro difensori. E si discute anche se i diritti siano prepolitici oppure costrutti giuridici e istituzionali»; «non c'è accordo sul fatto se i diritti siano prerogative solo delle persone individualmente intese o anche dei gruppi...»; «si è in disaccordo sul rapporto tra diritti e doveri»; «non c'è consenso su quali diritti debbano essere considerati come diritti *a*» (pp. 85-86). A tali ambiguità di tipo concettuale, occorre poi aggiungere la considerazione che, anche se si può affermare che «i diritti non sono... esclu-

Le capacità umane fondamentali, concepite in una prospettiva marcatamente individualista<sup>188</sup>, rappresentano in sostanza gli «elementi necessari a un funzionamento autenticamente umano»<sup>189</sup>, costituiscono delle «pretese della possibilità di funzionare»<sup>190</sup>, ovvero, rispondono all'«intuizione di fondo per la quale alcune facoltà umane impongono l'esigenza morale di essere sviluppate», in quanto, se si forniscono gli essere umani del «giusto sostegno educativo e materiale», essi possono essere pienamente in grado di assolvere le funzioni umane<sup>191</sup>.

La lista delle capacità fondamentali è individuabile attraverso un discorso transculturale e «rimane aperta», in sé (come possibilità di «riscrittura» del catalogo) e come contestualizzazione (come possibilità di specificare l'elenco comune): uno dei suoi criteri costitutivi è il fatto che i membri delle varie società «possano specificarle [le capacità] con maggiore concretezza a seconda delle credenze e delle circostanze locali»<sup>192</sup>. Attualmente le capacità umane fondamentali vengono individua-

sivamente occidentali, almeno nel senso più importante» e «possono essere sostenuti a partire da prospettive diverse», permane comunque «questo fastidioso dibattito» (*ibidem*, p. 89), e la diffusione della convinzione, legata alla globalizzazione economica, per la quale «le persone possono arrivare a credere che vi sia una evidente connessione concettuale tra la «promozione dei diritti umani» intesa come apertura ai mercati e la «promozione dei diritti umani» intesa come promozione delle capacità di ogni singolo cittadino» (p. 92).

<sup>188</sup> «Le capacità... sono perseguite per *ciascuna persona individualmente*» e le strutture organizzate come famiglie o gruppi rilevano in quanto promuovono le «capacità *individuali*» (M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., pp. 79-80).

<sup>189</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 74; costituiscono in altre parole «ciò che le persone sono effettivamente in grado di fare e di essere – avendo come modello l'idea intuitiva di una vita meritevole della dignità che spetta agli esseri umani» (p. 57).

<sup>190</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 80.

<sup>191</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 78; l'Autrice si riferisce in particolare alla necessità di rimuovere gli ostacoli materiali e sociali che impediscono l'esplicazione delle «capacità».

<sup>192</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 75.



te in «vita», «salute fisica», «integrità fisica», «sensi, immaginazione e pensiero», «sentimenti», «ragion pratica», «appartenenza», (relazione con le) «altre specie», «gioco», «controllo del proprio ambiente» (politico e materiale)<sup>193</sup>. Dall'elenco stesso, soprattutto in alcuni punti, emergono veri e propri “diritti”, come quelli all’abitazione, alla libertà di movimento, all’istruzione, alla libertà di espressione, etc.<sup>194</sup>: la prospettiva delle capacità può essere concepita come complementare ai diritti nel senso che ne costituisce un fondamento? Forse le «capacità», più che il fondamento dei diritti, ne costituiscono un “equivalente” in sfere differenti (e, in tal senso, i due approcci si completano anche a vicenda), quasi che diritti umani e capacità rappresentino due trascrizioni, l’una giuridica, l’altra soprattutto (morale)-politica<sup>195</sup>, dei valori fondamentali che integrano il concetto di dignità umana<sup>196</sup>. La domanda, a questo punto, è: i valori fondamentali, ovvero capacità (o anche diritti umani), sono costruiti attraverso un confronto trans-culturale, oppure quest’ultimo costituisce solo una procedura attraverso la quale “scoprirli”, ed essi in realtà sono elementi strettamen-

<sup>193</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., pp. 75-77.

<sup>194</sup> Il diritto all’abitazione è introdotto, ad esempio, come specificazione della «salute fisica», la libertà di movimento è connessa alla «integrità fisica», il diritto di istruzione a «sensi, immaginazione e pensiero», etc. In relazione, in particolare, alla questione della «crescita delle donne», la filosofa americana sottolinea, ad esempio, come l’approccio delle capacità, rispetto agli approcci basati sui diritti umani, sia «non solo... più determinato, in quanto specifica più chiaramente che cosa significhi esattamente assicurare un «diritto» a qualcuno, ma ha anche una portata più ampia, in quanto illustra sin nel dettaglio alcuni diritti che sono di importanza cruciale per le donne...» (M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., pp. 94-95).

<sup>195</sup> Più volte la filosofa statunitense si riferisce alle «capacità» qualificandole come un obiettivo politico.

<sup>196</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 85, afferma che le capacità «svolgono un ruolo affine a questi [i diritti umani], fornendo la struttura filosofica dei principi costituzionali fondamentali»; sul ruolo in specifico del linguaggio dei diritti, cfr. spec. pp. 90-92.

te connessi ad una natura umana, quali sue intrinseche «possibilità di funzionare»? In quest'ultimo caso esse costituirebbero un dato (comune) presupposto nella sua esistenza e il pluralismo culturale rilevarebbe nella conoscenza (del dato presupposto) – che emerge attraverso la discussione e il consenso transculturale – e nella possibilità che le «capacità» siano contestualizzate, grazie alla distinzione che l'Autrice individua fra queste ultime e il loro effettivo funzionamento.

Le «capacità» costituirebbero un obiettivo politico, il *quid* che deve essere fornito; poi, il singolo individuo, facendo uso di una funzione essenziale nell'elenco, la ragion pratica (che pervade tutte le altre), può scegliere in ordine al loro funzionamento<sup>197</sup>; citando dalle esemplificazioni della filosofa statunitense: «la persona con abbondanza di cibo può decidere di digiunare, ma c'è una grande differenza tra digiunare e morire di fame», oppure «una persona che ha opportunità ricreative di gioco può sempre scegliere di lavorare senza sosta; anche in questo caso c'è una bella differenza tra una vita scelta e una vita soffocata dalla insufficiente protezione contro un orario di lavoro eccessivo»<sup>198</sup>.

La possibilità di scegliere in ordine all'effettivo funzionamento – posta la garanzia delle «capacità» – garantisce il pluralismo e la compatibilità dell'approccio stesso delle capacità con il rispetto delle differenze culturali<sup>199</sup>, e, contemporanea-

<sup>197</sup> In questo senso si potrebbe quasi, volendo tentare (anche se un po' azzardato) un paragone con la proposta qui avanzata, avvicinare il concetto di «capacità» a quello di universalismo essenziale astratto e la nozione di «funzionamento/i» a quella di universalismo/i situato/i (il quale però forse, in qualche caso, gioca non solo sul piano del «funzionamento», ma anche su quello delle «capacità»).

<sup>198</sup> M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., pp. 81-82.

<sup>199</sup> La capacità «non costringe le persone al funzionamento: una volta che lo scenario è stato interamente predisposto, spetta a loro compiere le proprie scelte» (M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 83); E. GREBLO, *Dai diritti*, cit., p. 251, definisce il lavoro di Martha Nussbaum un tentativo, in un oriz-

mente, mira a configurare una concezione di pluralismo nel quale le scelte diverse sono effettivamente “libere” e “ragionate”, allontanando il rischio che in realtà esse siano “preferenze” «plasmate sulla base di una tradizione di ingiustizia e gerarchia»<sup>200</sup>. Un approccio – questo – ad un pluralismo “effettivo” o “giusto” senza dubbio affascinante, anche se, nel tentativo (con il quale non si può non concordare), di evitare il rischio di strumentalizzazione della cultura in funzione di asserimento della persona umana, si incorre nel rischio di cadere sotto l’egemonia di una cultura che decide in ordine al contenuto del “giusto”: una via, forse, potrebbe essere contestualizzare soprattutto in relazione ai principi di una cultura, e non tanto in riferimento alle (ad alcune) prescrizioni culturali, che si presentano come non conformi a quegli stessi principi e storicamente datate<sup>201</sup>.

#### II.4. *Verso un approdo*

Miglia e miglia ancora si potrebbero percorrere navigando nel vasto arcipelago che si è sintetizzato nella formula “nucleo comune del e nel pluralismo” (ovvero, della costruzione inter-

zonte neo-aristotelico, «di rispondere al problema di universalizzare la teoria dei diritti e della giustizia evitando la parzialità e i pregiudizi di individui radicati in comunità di vita particolari», con una interpretazione, al contempo, «capace di rendere conto della prospettiva delle altre culture», al di là di una visione imperialistica-occidentale.

<sup>200</sup> Così M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 94 (ma vedi anche pp. 70-71), laddove critica un approccio allo sviluppo umano basato sulle sole preferenze (mostrandone, in particolare, le pecche in relazione alla condizione delle donne).

<sup>201</sup> Osserva in argomento M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 62, che «le culture sono dinamiche», «sono uno scenario di dibattiti e di contestazioni. Esse non contengono soltanto le opinioni dominanti, ma anche le opinioni di donne che non sono mai state ascoltate».

culturale), oppure, si potrebbe gettare di nuovo l'ancora nei mari dell'omogeneità transculturale, in quelli dello scontro fra culture o dell'impostazione a-culturale, oppure, si potrebbero esplorare le acque che li separano (o uniscono), alla ricerca di isole sperdute, piccoli o grandi arcipelaghi nel *continuum* fra i due poli, ma forse è meglio fermarsi e scendere a terra.

Si può, con la consapevolezza delle mille difficoltà e prospettive percepite nel tentativo di redarre un diario di bordo del viaggio intorno all'universalità (dei diritti umani)-pluralità delle culture, approdare nel territorio del diritto positivo. Non si tratta di un attracco facile: comunque si immagini di conciliare – in virtù di qualsivoglia ragione (omogeneità transculturale, comune natura umana, reiterazione, consenso per intersezione, equivalenza, etc.) – culture differenti e presenza di valori comuni, resta in ogni caso il problema di passare dal mare ad *una* terraferma, dalla proclamazione della comunanza di alcuni principi alla redazione di un comune catalogo di diritti, dal livello *a)* al livello *c)*<sup>202</sup>.

È possibile un tale approdo, oppure non ancora? È rappresentato (o rappresentabile) – ritorna la questione – dai territori, oggi (storicamente), proclamati dai più come universali (quelli della Dichiarazione universale del 1948 e dei Patti ONU del 1966)? È necessario scindere, in tali territori, le zone realmente espressione dei principi comuni da quelle appartenenti ad *una* contestualizzazione culturale?

Fra le tesi citate, in ordine all'interpretazione del rapporto fra le culture e alla relazione fra esse e i diritti universali, emer-

<sup>202</sup> Cfr, sul tema, fra gli altri, F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 45, il quale osserva come «rilevare l'esistenza di principi normativi *universali* non comporta però di per sé che tali principi possano essere adottati come "norme fondamentali" di codificazioni positive», «spetta ad ogni cultura dare forma materiale a quei principi universali... Rilevare l'universalità di alcuni sommi principi è essenziale, non per redigere codici cosmopolitici, ma solo per mostrare la fondamentale *capacità di comunicazione di tutte le culture* e di conseguenza di tutti gli individui» (p. 45).

gono differenti immagini dell'“universalità”, con i relativi tentativi di sostanziare il *quid* comune, di indicarne il possibile contenuto concreto: difficilmente, però, si troverà un codice circostanziato e dettagliato. Anche chi ragiona, ad esempio, in termini di repubblica federale mondiale e sottolinea la “grandezza” delle condivisioni esistenti, la presenza di alcuni precetti globalmente riconosciuti «nell'applicazione giuridica» (quali l'uguaglianza e l'imparzialità) e il fatto che «in tutti gli ordinamenti giuridici si proteggono più o meno efficacemente gli stessi beni giuridici fondamentali», non può non notare altresì, ancor prima di quella di un codice universale, la mancanza stessa di «un sentire giuridico comune a tutti gli uomini, una coscienza giuridica globale», la quale «ha sicuramente ancora bisogno di tempo per potersi sviluppare»<sup>203</sup>.

Vi sono la volontà e/o le condizioni (le “capacità” costituenti) in grado di sorreggere una proclamazione dei diritti

<sup>203</sup> O. HÖFFE, *Abbiamo bisogno di una repubblica federale mondiale? Principi morali per una comunità giuridica internazionale*, in *Ragion pratica*, 2001/16, p. 130; la conclusione dell'Autore è tuttavia ottimistica, conformemente alla sua prospettiva generale [secondo la quale la repubblica federale mondiale, il regno del diritto e della giustizia, è «obbligatorio» (p. 121), un compito giuridico-morale dell'umanità (spec. p. 130)], con la sottolineatura, in contrapposizione della difficoltà citata, ad esempio, della presenza di tribunali mondiali. Altrove, poi, Höffe, proprio in relazione ai diritti umani, ragiona in termini di «fase preliminare», nella quale «le violazioni dei diritti dell'uomo non vengono ancora perseguite a livello mondiale», ma «provocano proteste in tutto il mondo» (*ibidem*, p. 119). Si noti anche che l'Autore considera la difficoltà di un *idem* giuridico, anche se non pone in dubbio i precetti universali del diritto e della democrazia, il cui «fondamento è praticamente indiscutibile», e non solo nella cultura delle democrazie occidentali («gli elementi chiave appartengono a quella parte del diritto e della giustizia che costituisce un'eredità comune dell'umanità, e non è sconosciuta né al cosiddetto pensiero asiatico, né al confucianesimo, e neppure all'Islam. E l'idea della democrazia non deriva soltanto dalla cultura greca... ma si ritrova anche nel *Thing* [Assemblea] degli antichi germani e nel modello di una democrazia del consenso, il *Palaver* dell'Africa orientale...», *ibidem*, p. 121).

(senza che con ciò nulla venga tolto all'esistenza di singole legittimazioni, "credo", fondamenti)? Esiste un sostrato costituzionale mondiale<sup>204</sup>, in grado di produrre una proclamazione dei diritti o di, eventualmente, convergere intorno alla Dichiarazione del 1948 o ai Patti ONU del 1966 (magari modificandoli in parte)? Al di là cioè della convergenza su alcuni grandi principi, di tipo morale, esiste una condivisione di tipo costituzionale, cioè intorno alla positivizzazione (a livello costituzionale, formalmente e/o sostanzialmente) di tali principi e, in specie, in relazione alla loro articolazione in diritti puntuali (livello c)?

<sup>204</sup> Sul tema, oltre gli Autori citati *infra*, cfr., da ultimo, P. HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, 2004, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni>, maggio 2004, il quale osserva come «le basi del diritto internazionale formano già oggi una costituzione parziale dell'umanità», anche se in forma embrionale e ancora debole. In senso critico, cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., il quale rileva, al di là dei dubbi sull'effettiva universalità dei diritti umani e, quindi, sulla loro capacità di costituire una base solida per un governo mondiale, la mancanza di un popolo in grado di assicurare «il collegamento fra diritti, costituzione (democratica) e popolo» (p. 178): «un popolo della Terra, sovrano da contrapporre all'antisovrano timo-tecnocratico, non esiste» (p. 180), onde – conclude l'Autore – non si può ragionare in termini di governo mondiale, ma, d'altro canto, nemmeno considerare «improbabili ritorni alla sovranità del singolo stato», bensì occorre soprattutto «ripristinare la logica armonia fra la politicità (e la democraticità) degli attori e la politicità (e la democraticità) delle loro scelte» (p. 184), considerando come «fertile terreno di lavoro... quello del potenziamento e della riforma delle organizzazioni sovranazionali, che potrebbero essere potenti mezzi di restaurazione della politica e della democrazia, al di là delle ragioni della nuda economia» (p. 187); similmente, l'Autore si esprime in *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, spec. p. 1029, criticando esplicitamente (in particolare eccependo la mancanza di un «vero e proprio *popolo mondiale*») l'ipotesi sia di «un democratico sovrano globale» (di un governo mondiale) sia di un modello cosmopolitico di democrazia sia di un costituzionalismo globale.

Il rischio è che manchino la consapevolezza e la partecipazione (la coscienza e la volontà, se si vuole) del passaggio dai principi alla “scrittura” dei diritti (da *a*) a *c*); il rischio è una proclamazione universale dei diritti (imposta o, anche, auto-prodotta) non “sentita”, il testo di un contratto sociale sottoscritto senza che nessuno intenda effettivamente partecipare al patto sociale.

A ciò è da aggiungere un altro rischio: che, anche ove si addivenga alla redazione di un catalogo dei diritti, si tratti di una costituzione (formale, o anche materiale) senza garanzie; se è difficile “trovare” un comune sentire giuridico (costituente e poi costituzionale)<sup>205</sup>, non è certo meno arduo accordarsi sulla costruzione di una struttura istituzionale, se pur minima<sup>206</sup>.

Ma, allora, ragionare in termini di «*società civile internazionale* che produce una “sua politica interna mondiale”»<sup>207</sup>, in

<sup>205</sup> Si possono immaginare i seguenti passaggi: singole culture, costruzione inter-culturale dei valori comuni, prima come principi etici, poi come principi giuridici (costituenti e costituzionali), “scrittura” dei singoli diritti (a livello costituzionale e a partire dalla valenza costituente dei principi).

<sup>206</sup> Da ultimo, sulla *global governance* e sul dibattito inerente alle possibilità e alle modalità di una democratizzazione delle relazioni internazionali, cfr., anche per riferimenti bibliografici, M. KOENIG-ARCHIBUGI, *Il governo dei processi globali: attori e istituzioni della global governance*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, pp. 137 ss.

<sup>207</sup> Così L. BONANATE, 2001: *la politica interna del mondo*, in *Teoria politica*, 2001/1, p. 15. Bonanate rileva come ora l’età delle relazioni internazionali sia l’universalismo e immagina quale «stadio «finale» dello stato» la «sua partecipazione a una società planetaria» (*ibidem*, p. 13), legata, non alla democrazia come *demos* e nazione, ma alla democrazia radicata negli individui, cioè non ad una «definizione di tipo comunitaristico», ma ad una «concezione individualistico-atomistica della democrazia», nella quale gli individui «valgono in quanto esseri umani, destinatari cioè di comuni e universali diritti» (*ibidem*, p. 21); la democrazia della società mondiale, inoltre, «non potrà più darsi se non sarà, ad un tempo, interna e internazionale» (*ibidem*, p. 22); occorre «una specie di nuovo grande contratto sociale universale», ma – conclude l’Autore – «ne saremo capaci?» (*ibidem*, p. 3). Altrove (dopo l’11 settembre 2001) – L. BONANATE, *Il vuoto e il nuovo. Terrorismo e guerra nel mondo attuale*, in *Teoria*

una nuova forma di democrazia della società mondiale, significa discorrere, non solo non di una interpretazione della realtà attuale, ma nemmeno di un altro mondo possibile, forse solo di un'utopia, un sogno irrealizzabile?

Emerge con forza, quando si muove dal livello teorico a quello pratico, cioè dai grandi valori alla redazione di concrete norme giuridiche sancenti i diritti universali, nonché alla creazione di una struttura capace di garantire e rendere effettivi i diritti<sup>208</sup>, l'immagine di una «società planetaria», nella quale la democrazia è «ad un tempo, interna e internazionale»<sup>209</sup>, di una «*sfera pubblica mondiale*», ovvero di un «costituzionalismo internazionale»<sup>210</sup>, di un mondo edificato in ragione di principi

*politica*, 2002/1, pp. 3 ss. – l'Autore osserva che «il sistema internazionale attuale... si trov[a] oggi, all'incirca, nella condizione dello «stato di polizia», con il rischio di ricadere nello stato assoluto, se il desiderio di solitudine prevalesse negli Stati Uniti, e la possibilità invece di avviarsi, dopo lo *shock* delle Twin Towers, verso quello di tipo democratico...» (p. 18); in argomento, da ultimo, cfr., dello stesso Autore, *La politica internazionale fra terrorismo e guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

<sup>208</sup> Si ricorda che la garanzia dei diritti, ove anche non la si voglia considerare un elemento imprescindibile del concetto stesso di «diritto» (inscindibile rispetto a quello della proclamazione), ne rappresenta senza dubbio un elemento o un risvolto fondamentale, quanto meno a livello «storico» (concreto, effettivo).

<sup>209</sup> Cfr. L. BONANATE, 2001, cit., come ricordato *supra* in nota. Sul tema della costruzione di una «democrazia mondiale», cfr., per un primo approccio, fra i molti, oltre gli Autori citati, D. ARCHIBUGI, D. BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano, 1998; D. ARCHIBUGI, R. FALK, D. HELD, M. KALDOR, *Cosmopolis. E possibile una democrazia sovranazionale?*, manifestolibri, Roma, 1993.

<sup>210</sup> Le espressioni sono di L. FERRAJOLI, *Per una sfera pubblica del mondo*, in *Teoria politica*, 2001/3; l'Autore considera l'«ipotesi di un costituzionalismo internazionale» (in una prospettiva di lungo periodo) la «sola alternativa razionale a un futuro di guerre, di violenze e di fondamentalismi» (p. 18). Ferrajoli sottolinea la mancanza di una «*sfera pubblica mondiale*», cioè di istituzioni e funzioni che si occupino di interessi generali (come pace, sicurezza e diritti) [*ibidem*, p. 9]: occorrono «*istituzioni internazionali di garanzia*» e, soprattutto («l'innovazione più decisiva»), l'introduzione di una «*fiscalità mondiale*» [un potere sovranazionale di



guida come la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e la differenza, la cooperazione reciproca e la pace<sup>211</sup>, ovvero, di un "altro mondo possibile"<sup>212</sup>: pure aspirazioni ideali o realtà futuribile?

tassazione per le istituzioni internazionali di garanzia, basato sulla Tobin tax e sul corrispettivo per l'uso di beni patrimonio comune dell'umanità (quali orbite satellitari, etere, fondi oceanici)], occorre limitare e funzionalizzare il potere degli Stati, delle istituzioni internazionali e dei grandi poteri economici transnazionali (*ibidem*, pp. 17-18). Una globalizzazione senza sfera pubblica internazionale [tenendo presente che i nuovi soggetti internazionali come G8, WTO, FMI, BM non hanno «legittimazione democratica né vincoli costituzionali» (*ibidem*, p. 10)] si risolve in uno «stato sostanzialmente pre-giuridico», basato sulla «legge sempre precaria del più forte», con una «generale anomia» e una «regressione neoassottistica», dove mancano le garanzie dei diritti proclamati e le «istituzioni internazionali deputate alle funzioni di garanzia» (*ibidem*, pp. 14-15).

Sul tema della "de-pubblicizzazione" del diritto cfr., ad esempio, M. R. FERRESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, laddove si considera come il diritto globale si fonda prevalentemente sullo «schema privatistico del contratto» (p. 7); nonché, in riferimento all'ordinamento statale, A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Resistenza costituzionale*, in *Nuvole*, 2001/18, pp. 1 ss., che si riferiscono ad una regressione verso un «diritto giurisprudenziale di tipo premoderno» (collasso della legge, perdita di unità e coerenza del sistema delle fonti), ad una produzione del diritto «sempre più collegata a fenomeni extra-politici, ed essenzialmente (di nuovo, come nel medio-evo) al circuito tra autonomia privata e giurisprudenza». Paventa un rischio di un futuro caratterizzabile come «nuovo Medioevo», A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione»*, in *Pol. dir.*, 1998, pp. 441 ss., che a questa possibilità contrappone la necessità di «un nuovo Umanesimo» (pp. 454-455), una «universalizzazione del diritto costituzionale», ritenendo «impensabile (e comunque... terribilmente irrazionale) che la famiglia umana non si dia «regole più efficienti», capaci di trovare punti di contatto non solo formali, ma sostanziali, fra sistemi giuridici (e sfere culturali) "diversi"» (p. 458); D. ZOLO, *Una «guerra globale» monoteista*, in *Iride*, 39, agosto 2003, p. 239, ragiona in termini di regressione del diritto internazionale e considera come «il riferimento interpretativo ad un modello premoderno di ordine mondiale universalistico, monoteista, imperiale... non sembra fuori luogo».

<sup>211</sup> Cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2002, spec. p. 276.

<sup>212</sup> Fra le ipotesi meno ottimiste, si può citare W. BELLO, *Il futuro incerto. Globalizzazione e nuova resistenza*, Baldini&Castoldi, Milano, 2002, il quale ri-

È stato osservato come l'«ipotesi di un costituzionalismo internazionale» rappresenta una prospettiva non irrealistica o utopica<sup>213</sup>, ma «inverosimile», perché è «ciò che non si vuole fare perché contrasta con gli interessi dominanti»<sup>214</sup>: i diritti universali rischiano di soccombere non tanto in quanto contrastanti con la pluralità culturale, ma in quanto parte della configurazione di un altro mondo possibile, al quale potenti forze si oppongono<sup>215</sup>.

Forse si può anche ritenere – come personalmente si preferisce – la costruzione di una nuova globalità né utopica né «inverosimile», ma *solo* “difficile”, o, meglio ancora, “possibile, ma difficile”<sup>216</sup>: non un «puro auspicio di principi morali che gli uomini non riusciranno mai a sviluppare», ma una prospettiva «nella storia... dei possibili»<sup>217</sup>.

tiene che «un sistema internazionale fluido in cui esistono molteplici aree di ambiguità che i meno forti possono sfruttare al fine di proteggere i propri interessi, potrebbe rappresentare l'unica realistica alternativa all'attuale ordine multilaterale globale in grado di indebolire la posizione dominante del Nord» (p. 70).

<sup>213</sup> In tal senso, cfr. invece, ad esempio, G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Riv. ital. scienza politica*, 1997, p. 490, secondo il quale «parlare di comunità mondiale è pura retorica...».

<sup>214</sup> L. FERRAJOLI, *Per una sfera pubblica*, cit., p. 18; su questi temi si rinvia a quanto si osserverà *infra* (parte I, cap. III).

<sup>215</sup> Occorre, per costruire un «mondo diverso», in primo luogo – come osserva suggestivamente J. DE LUCAS, *Globalizzazione e immigrazione. L'immigrazione come «res politica»: diritti, cittadinanza, sovranità*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, p. 24 – «cominciare ancora una volta da una emancipazione. Ora si tratta dell'emancipazione della società civile, della cittadinanza globale, da quel mostro che la tiene in ostaggio, dalla *belva feroce*... che è il mercato senza regole, che cerca di monopolizzare la società globale, di rapirne la voce...».

<sup>216</sup> ... con un atteggiamento “realista, ma ottimista”?

<sup>217</sup> U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato*, cit., pp. 276-277. Nel senso che l'universalità dei diritti sia un fenomeno in progressione, che il cammino conduca verso un cosmopolitismo mondiale, difficile, ma (logicamente) necessario, vedi, tra gli altri, R. DAHRENDORF, *Economic opportunity, civil society, and political liberty*, 1995, trad. it., *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione so-*

Per un catalogo di diritti universali in un altro mondo possibile, occorre avere ben presenti le ambiguità dei diritti attualmente proclamati come universali, gli ostacoli e le trappole che, faticosamente sbarcati nella terraferma della positivizzazione di matrice occidentale (soggettivista, liberal-sociale) della metà del Ventesimo secolo, occorre affrontare e rimuovere.

Se si decide, dando per esistente un livello *a*) (costruito o presupposto), come *con*, *trans* o *a*-culturale, il passaggio al livello *c*), in specie, se si decide di mantenere come base<sup>218</sup> la codificazione storicamente prevalente al livello *c*) (Dichiarazione universale del 1948 e Patti Onu del 1966), occorre prestare particolare attenzione, oltre ai rischi di imperialismo culturale (l'“occidentalità”, di cui si è appena discusso), a quelli di strumentalizzazione (con la conseguente distorsione anche nel si-

*ziale e libertà politica*, Roma-Bari, Laterza, 1997: «c'è un sola risposta, e non è semplice. È l'universalizzazione dei benefici del Primo Mondo... sennonché è un processo non solo precario, ma anche lungo» (p. 11), «eppure il processo... è necessario... perché i valori di una società “illuminata” e civile esigono che al privilegio subentrino dei diritti generalizzati –in ultima analisi, se non una cittadinanza cosmopolita, almeno dei diritti di cittadinanza per tutti gli esseri umani nel mondo» (p. 12); N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit.: «il processo di democratizzazione del sistema internazionale... non può andare innanzi senza una graduale estensione del riconoscimento e della protezione dei diritti dell'uomo al di sopra dei singoli stati»; «ci sarà pace stabile... solo quando vi saranno cittadini... del mondo» (pp. VII-VIII).

Propone una «*utopia ragionevole*», che «prende sul serio il mondo come è, e noi nel mondo come *siamo*, ed esplora assetti e modelli di istituzioni e pratiche sociali come, entro i vincoli dati, *possono essere*» (p. 8), S. VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2002, per il quale occorre mantenere la «duplice fedeltà» alla bellezza e agli oppressi, senza accettare «che il fatto dell'oppressione, della crudeltà e dell'ingiustizia della terra riducano e mettano cinicamente o desolatamente a tacere il senso vivo della possibilità» (p. 31).

<sup>218</sup> Si sottolinea “come base”, perché, per evitare i vari rischi di “occidentalità”, vanificazione e strumentalizzazione, occorre apportare ai documenti positivamente vigenti alcune modifiche ed integrazioni.

gnificato e nella percezione dei diritti)<sup>219</sup>, nonché a quelli di vanificazione, connessi soprattutto allo scontro con la sovranità degli Stati (e, attraverso questa, con i poteri dominanti).

I diritti possono essere effettivamente universali e costituire parte essenziale (scopo?) di una costituzione mondiale o società planetaria, solo se si possiede la consapevolezza delle loro attuali ambiguità e se si riesce ad eliminarle, evitando che nella terra dove si è approdati da un albero si ricavi uno scettro, impedendo che le radici di alcuni alberi soffochino quelle di altri e creando una serra capace di contenerli tutti, mettendoli al riparo da folate di vento o gelidi freddi invernali.

<sup>219</sup> Ovvero ad un utilizzo dei diritti come strumento di egemonia da parte di *una* cultura (o potere), dominante (o, meglio, di dominio), particolarmente in veste di legittimazione di interventi condotti con l'uso della forza (armata).

## CAPITOLO TERZO

### IL “VOLTO CATTIVO” DEI DIRITTI, LE PRETESE DELLA SOVRANITÀ E IL RAPPORTO CON LA CITTADINANZA

SOMMARIO: III.1. Il significato dei diritti universali come occidentali: le ambiguità e il volto cattivo. – III.1.1. L'ultima crociata: l'ingerenza umanitaria. – III.1.2. Un altro “uso” e un'altra percezione dei diritti è possibile. – III.2. Le pretese della sovranità. – III.2.1. Lo scontro fra Stati sovrani e diritti universali. – III.2.2. In breve: globalizzazione, sovranità e universalità. – III.3. I particolarismi delle cittadinanze e i privilegi della cittadinanza

#### III.1. *Il significato dei diritti universali come occidentali: le ambiguità e il volto cattivo*

Notevole incidenza nella percezione e nell'effettiva esistenza dei diritti come universali deriva dal significato che essi hanno assunto o con il quale si sono presentati, dall'“uso” concreto che di essi è stato fatto, ovvero, volendo richiamare la metafora utilizzata poco fa, dalla constatazione che molto spesso gli alberi sono stati utilizzati come legno per caravelle partite alla conquista di “nuovi mondi”.

Nella storia, dallo *ius migrandi* di Vitoria alle affermazioni contraddittorie di Tocqueville, ai teorici dell'ingerenza umanitaria, i diritti universali sono stati usati come strumento di dominio e sono stati percepiti come tali.

In primo luogo si può osservare come i diritti umani (o, meglio, quelli che oggi figurano come i diritti umani universali) si sono spesso presentati, al di là del loro luogo di nascita<sup>1</sup>, con i “dominatori” (colonizzatori e crociati di ogni epoca), e, di conseguenza, con le modalità di approccio di questi ultimi: la forza e la violenza<sup>2</sup>. Se, cioè, si guarda, per un momento, anche con occhi ingenui e si assumono senza dubitarne le varie affermazioni sulla volontà di liberare popoli ed individui, di portare loro i diritti, non si può comunque non notare che, pur dando per vere queste finalità – come è stato rilevato – «i mezzi hanno retroagito sulle finalità, se non hanno addirittura soppiantato le finalità»<sup>3</sup>.

Facilmente anche ciò che è “buono” e viene presentato come qualcosa che può migliorare la qualità della vita, se appare sulla punta di un fucile, viene rifiutato insieme al fucile<sup>4</sup> e a chi con quel mezzo vuole “donarlo” (imporlo); se i diritti umani si presentano come la “croce rossa” per uno sviluppo (o nascita) della dignità della persona umana al seguito delle armate o alla stregua di una tenda dell’UNHCR in Kosovo, difficilmente avranno credibilità.

<sup>1</sup> Si intende, ovviamente, al di là del luogo di nascita dei diritti universali nella veste che oggi indossano, in quanto, come visto, è dato rintracciare nelle altre culture differenti modalità di riconoscimento dei diritti (o, meglio, valori) legati alla dignità della persona umana.

<sup>2</sup> Cfr. F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit., p. 63: «la forza è stata il veicolo di diffusione dei diritti dell’uomo, non la persuasione; il diritto è conseguito dall’atto brutale dell’oppressione».

<sup>3</sup> F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit., p. 63.

<sup>4</sup> Cfr., ad esempio, quanto osserva A. ASOR ROSA, *La guerra. Sulle forme attuali della convivenza umana*, Einaudi, Torino, 2002, il quale, a proposito della democrazia, dopo aver rilevato come essa sia «un bene «non partecipabile», una lussuosa esclusiva dei ricchi e dei potenti», osserva come si presenti quale «sistema dei vincitori e, in molti casi, degli sfruttatori e degli oppressori», ovvero «s’incorpora nell’immagine mostruosa e terribile che molti, fuori dell’Impero [n.d.r.: ma anche dentro], hanno dell’Impero», a ciò aggiungendo che se poi il sistema politico democratico viene collegato «all’esercizio sistematico della guerra», è facile la «conclusione distruttiva anche nei confronti di quella che dovrebbe costituire una delle «particolarità buone» dell’Occidente» (p. 201).

In secondo luogo, una visione appena meno ingenua, consentente di rilevare come non solo i diritti umani viaggiano al seguito delle armate, ma molto spesso ne rappresentano il vessillo, ovvero la copertura ideologica<sup>5</sup>, e non l'obiettivo; in tale ipotesi (più veritiera), non solo i diritti si presentano attraverso una loro violazione (come quella perpetrata per "donarli" dai vari crociati), ovvero quale un pacco dono irto di spilli (che pungono il ricevente), ma appaiono agli occhi di chi li riceve falsi, ovvero semplicemente un modo per non affermare crudamente, a seconda delle epoche, "mi servono il tuo oro e i tuoi diamanti, oppure il tuo petrolio", "il traffico di armi ha bisogno di nuovi mercati", ecc.<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Come osserva L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 187, «ricchezza, dominio e privilegio non si accontentano di prevaricare: rivendicano anche una legittimazione morale».

<sup>6</sup> Possono rientrare in questa prospettiva anche le politiche del Fondo Monetario Internazionale quando prevedono degli aiuti sotto condizione del rispetto, magari, dei diritti, e, contemporaneamente, di determinati indici economici, laddove i diritti vengono ad essere la "facciata" e gli indici economici la sostanza dell'intervento. Anche nell'ipotesi di previsione di «condizionalità» nella cooperazione allo sviluppo, nel senso che essa è subordinata al rispetto della democrazia e/o dei diritti dell'uomo, si può ravvisare, se non un uso strumentale dei diritti, una loro presentazione e "pubblicizzazione" dalle modalità impositive: si afferma che «lo strumento della clausole di «condizionalità» ... può rappresentare un nuovo modo... più efficace per assicurare... la diffusione dei principi di democrazia e dello Stato di diritto» (così, da ultimo, M. E. BOTERO C., *I diritti dell'uomo e le «condizionalità» democratiche negli strumenti comunitari di cooperazione allo sviluppo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 342, al quale si rinvia per un primo approccio alle condizionalità nelle politiche di cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea), ma, più realisticamente, esso può essere considerato quale modalità di *imposizione*, anche se magari con le migliori intenzioni.

Sul ruolo strumentale all'egemonia occidentale dei diritti umani, *adde*, a quanto già detto o si dirà fra breve, ad esempio, E. BETTINELLI, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apolo-*

«Le «forze conflittuali» che non si piegano all'«occidentalizzazione»», scorgendo «dietro il diritto, il dominio, per lo più nella sua forma rudemente economica», possono, così, «permettersi di congedare il diritto come maschera ideologica del dominio stesso e l'universalismo etico come strumento retorico della dominazione»<sup>7</sup>: l'uso dei diritti in funzione di copertura ideologica, quale vessillo o fonte di legittimazione delle crociate, finisce per screditarli in ogni loro aspetto e si rivela un potente elemento contro l'idea di diritti umani universali.

La strumentalizzazione dei diritti umani per coprire mire politiche e/o economiche rischia di revocare in dubbio la pos-

*go degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992: la pratica delle grandi convenzioni-dichiarazioni internazionali, presentate come espressione di dati universali, è stata il mezzo attraverso il quale «la concezione liberale sulle posizioni dell'uomo nella società-stato ha inteso dimostrare la sua potenziale egemonia...» (p. 32); F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit.: «la «superiorità» dell'Occidente consiste nell'invenzione del cosmopolitismo, vedere nell'economia del denaro il possibile veicolo di quest'ultimo e nell'accusare di barbarie chiunque nutra seri dubbi...» (p. 72), con la conseguenza che «il cosmopolitismo occidentale viene inteso sempre di più come la voce del più forte e, dunque, come imposizione» (p. 75); F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, per ora in [http://www.associazionetalianadecostituzionalisti.it](http://www.associazionetalia-nadecostituzionalisti.it), febbraio 2004, p. 9, si domanda se «l'avvento di un processo di costituzionalizzazione globale, estensivo cioè dei modelli culturali, giuridici e istituzionali nati dall'esperienza occidentale», del quale il paradigma dei diritti costituisce «lo strumento giustificativo essenziale», non sia solo «un'altra forma, aggiornata e raffinata, di quell'eurocentrismo evangelizzatore e colonizzatore che, in versione europea e/o americana, ha per secoli mosso le potenze occidentali, dai crociati ai *conquistadores* fino all'Afghanistan e all'Iraq petrolifero, alla conquista di nuove ricchezze e di nuovi mercati» (p. 9).

<sup>7</sup> F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit., pp. 71-72. Osserva L. BACCELLI, *Il particolarismo*, cit.: «l'universalismo non è poi così desiderabile. Coniugato in forma più o meno radicale con l'individualismo, l'universalismo è stato utilizzato per affermare il potere assoluto del pontefice romano, per legittimare la schiavitù, la colonizzazione, l'imposizione violenta della religione...» (p. 191).



sibilità di immaginare e costruire dei diritti universali più della diversità delle pretese avanzate in nome del pluralismo culturale<sup>8</sup>; come pretendere di superare la matrice occidentale dei diritti umani, considerando la cultura occidentale alla stregua di un "rivelatore" di diritti universali (presenti in realtà ovunque e "utili" per tutti), se poi, proprio quei diritti, sono utilizzati da "dominatori" (Stati o grandi poteri economico-finanziari-politici) appartenenti a quella cultura per giustificare e "coprire" i propri interessi?

### III.1.1. *L'ultima crociata: l'ingerenza umanitaria*

La cosiddetta ingerenza umanitaria, ovvero l'ultima forma assunta dalla crociata<sup>9</sup>, è un (perfetto) esempio di quanto appena detto; essa, infatti, è suscettibile di menomare la potenziale universalità e rispetto dei diritti umani, sia in quanto tali sia per come vengono percepiti, sia in quanto "presenta" i diritti attraverso l'imposizione (e, quindi, sostanzialmente, la loro violazione)<sup>10</sup> sia in quanto maschera (tenta di mascherare) dietro i diritti interessi economico-finanziari e politici.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit., p. 72: «il relativismo etico consegue dallo smascheramento non già dell'idea del diritto coltivata dalle élites intellettuali dell'Occidente, ma dalla sua prassi realizzata dalle élites economico-politiche occidentali».

<sup>9</sup> O, se si vuole, dalla *jihad* (per non assumere necessariamente, anche sotto il profilo di un termine negativo di paragone, sempre solo una prospettiva occidentalocentrica).

<sup>10</sup> «"Guerra a tutela dei diritti" ...» – è stato osservato (L. FERRAJOLI, *La guerra e il futuro del diritto internazionale*, in L. Bimbi (a cura di), *Not in my name. Guerra e Diritto*, Editori Riuniti, Roma, 2003, p. 229) – «è una clamorosa contraddizione in termini, dato che i diritti si garantiscono con il diritto – con i tribunali e con l'accertamento e la sanzione delle responsabilità – e non certo con quella massiccia violazione del diritto e dei diritti, primo fra tutti il diritto alla vita, che è la guerra».

Pur non pretendendo in questa sede di approfondire come meriterebbe il tema dell'“ingerenza umanitaria”<sup>11</sup>, appare *prima facie* evidente che operazioni condotte, al di fuori o al limite del diritto internazionale vigente, con lo scopo dichiarato di evitare ulteriori violazioni dei diritti umani, quando in realtà causano aumenti esponenziali nel numero delle vittime (come è accaduto in Kosovo)<sup>12</sup>, chiaramente provocano una svalutazione dei diritti umani (e una loro percezione “negativa”), senza dimenti-

<sup>11</sup> Sull'ingerenza umanitaria, nonché in generale sui profili di (il)legittimità dei più recenti interventi armati, oltre agli Autori ricordati *infra*, si possono citare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Giappichelli, Torino, 1997; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 1998; M. Dogliani, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999; C. PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 61 ss.; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia*, in *Quad. cost.*, 1999, pp. 124 s.; V. ONIDA, *Guerra, diritto, costituzione*, in *il Mulino*, 1999, pp. 958 ss.; N. CHOMSKY, *The New Military Humanism. Lessons from Kosovo*, Common Courage Press, Monroe, ME, 1999; N. Ronzitti (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2000; A. CAPUTO, *La guerra, la sinistra, le regole*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 37 ss.; C. DE FIORES, *I diritti inviolabili*, cit., spec. pp. 244 ss.; C. DE FIORES, «L'Italia ripudia la guerra»? *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Ediesse, Roma, 2002; C. DE FIORES, *L'intervento militare in Afghanistan. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, in *Pol. dir.*, 2002, pp. 79 ss.; A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2003-I, pp. XIII ss.; nonché gli articoli (aggiornati al 19 marzo 2003) in *Guerra e Costituzione*, sul sito <http://www.costituzionalismo.it>, e gli interventi, *ivi* (nella rubrica *Costituzionalismo alla prova*) di G. FERRARA (*Ripudio della guerra, rapporti internazionali dell'Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti*, 17 marzo 2003), C. DE FIORES (*Una guerra contro la Costituzione*, 26 marzo 2003), G. AZZARITI (*La guerra illegittima*, 19 marzo 2003), e P. CARNEVALE (*L'Italia, l'attuale vicenda della guerra irachena e l'art. 11 della Costituzione*, 30 aprile 2003), in relazione alla guerra degli Stati Uniti contro l'Iraq.

<sup>12</sup> N. CHOMSKY, *L'alibi umanitario*, in *la Repubblica*, 25 aprile 1999, p. 15: «la minaccia dei bombardamenti Nato ha provocato un'impennata nell'escalation delle atrocità dell'esercito serbo e delle forze paramilitari... Come ha dichiarato il generale Wesley Clark, comandante supremo della Nato, l'inasprimento della vio-

care che nella realtà questa svalutazione è strettamente legata a quella (che spesso conduce ad un rifiuto dei diritti stessi) prodotta dall'uso strumentale dei diritti, utilizzati, magari, insieme al nuovo vessillo delle crociate (il terrorismo, gli Stati canaglia), per coprire l'interesse al controllo sulle vie dell'oro nero<sup>13</sup> (come nell'ipotesi dell'intervento in Afghanistan)<sup>14</sup>.

lenza e delle atrocità dei serbi dopo i bombardamenti della Nato era "del tutto prevedibile"», a ciò, ovviamente, sono da aggiungere le vittime causate "in proprio" dall'intervento (si pensi ai bombardamenti, condotti anche nei confronti di obiettivi civili, all'utilizzo di armi come quelle contenenti uranio impoverito, ai profughi); S. SENESE, *La protezione*, cit., p. 783: «prima del 25 marzo eravamo, certo, in presenza di gravi, massicce e sistematiche violazioni dei diritti umani...; ma a seguito dell'intervento ci siamo venuti a trovare in presenza di una vera e propria catastrofe umanitaria: l'intervento ha fatto precipitare la crisi in catastrofe», con il passaggio, ad esempio, da duecentocinquantamila-trecentomila profughi a quasi un milione; L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti, *Nato, conflitto in Kosovo*, cit., pp. 189-190: «sebbene costante sia stato il riferimento alla grave violazione dei diritti umani e alla necessità di intervenire in aiuto delle popolazioni, le modalità stesse dell'operazione condotta contro la RFI – bombardamenti da grande altezze per dare ai piloti la sicurezza di non essere colpiti, uso di bombe all'uranio debole che moltiplicano tumori e leucemie, distruzione degli impianti per l'erogazione di servizi essenziali, acqua, energia, trasporti e, talora, per «tragici errori», ospedali – sono piuttosto quelle di una guerra particolarmente odiosa perché condotta in modo unilaterale... L'interesse «umanitario» è poi completamente smentito dalla totale mancanza di una qualsiasi predisposizione di mezzi di assistenza, o di piani per la stessa evacuazione delle popolazioni colpite...»; da ultimo, L. FERRAJOLI, *La guerra e il futuro*, cit., p. 229: «la cosiddetta «guerra umanitaria» della Nato alla Federazione jugoslava in difesa dei diritti umani, non solo ha cagionato migliaia di vittime innocenti e la distruzione dell'intera infrastruttura economica della Serbia e del Kosovo, ma creò le condizioni militari e politiche grazie alle quali Milošević, all'indomani dell'inizio della guerra, poté intensificare le sue vendette contro le popolazioni kosovare e provocarne l'espulsione in massa».

<sup>13</sup> Per un primo approfondimento della questione, cfr. G. CHIESA, VAURO, *Afghanistan, anno zero*, Guerini e Associati, Milano, 2001; A. RASHID, *Talebani. Islam, petrolio e il Grande scontro in Asia centrale*, Feltrinelli, Milano, 2001.

<sup>14</sup> Anche se, facilmente, tale "ragione" si accompagna ad altre, non ultime quelle di affermare (riaffermare) la propria potenza e posizione egemonica,

Quando i diritti umani vengono utilizzati come fonte di legittimazione di un nuovo diritto internazionale, basato sull'“ingerenza umanitaria”, ossia sul diritto per i singoli Stati di intervenire con la forza armata ovunque i diritti umani siano violati<sup>15</sup>, non si apre il cammino verso una loro tutela effettiva, ma verso un diritto internazionale improntato alla “legge del più forte”<sup>16</sup>, con

specie nei confronti di Russia e Cina, o di incrementare i profitti legati alla produzione e al commercio di armi; in specifico, sul «nuovo Grande Gioco» in Asia centrale, fra politiche di potenza (o di sopravvivenza) degli Stati e interessi delle compagnie petrolifere, cfr. A. RASHID, *Talebani*, cit., spec. pp. 175 ss.

<sup>15</sup> In proposito cfr., fra gli altri, C. ZANGHÌ, *Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale*, in *Quad. cost.*, 1999/2, pp. 378 ss., che considera come «il processo di internazionalizzazione del rispetto dei diritti umani... abbia introdotto il rispetto dei diritti umani nel diritto internazionale generale...» e come «l'interesse al rispetto di tale principio» appartenga «all'intera comunità internazionale ed anche ai singoli Stati che la compongono», pur sottolineando la difficoltà di individuare i limiti di un eventuale intervento armato; A. CASSESE, *Le cinque regole per una guerra giusta*, intervista, in *L'Unità*, 9 aprile 1999 (e in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, a cura di G. Bosetti, Libri di Reset, Roma, 1999, pp. 25 ss.), che ritiene legittimo l'uso della forza se sussistono cinque condizioni: «1) lo Stato contro cui si usa la forza ha violato in modo gravissimo, massiccio e ripetuto i diritti umani fondamentali; 2) il Consiglio di Sicurezza ha ripetutamente invitato quello Stato a porre termine ai massacri; 3) è stata tentata ogni possibile soluzione diplomatica e pacifica; 4) l'uso della forza è sostenuto da un gruppo di Stati e non da una singola potenza e la maggioranza degli Stati dell'Onu non è contraria a tale uso; 5) il ricorso alla guerra non ha alternative rispetto alla prosecuzione dei massacri da parte dello Stato responsabile».

In verità sia Zanghì che Cassese sembrano non tanto teorizzare il diritto di ingerenza umanitaria ed un nuovo diritto (?) internazionale, quanto cercare di “giuridicizzare” e inserire nel quadro normativo esistente, tentando di renderli legittimi, fatti che, se, in tale ottica, non sono necessariamente eversivi del diritto internazionale, quantomeno sono “nuovi” sulla scena delle relazioni internazionali.

<sup>16</sup> Si potrebbe ipotizzare quale percorso: assunzione con l'ingerenza umanitaria dei diritti umani quali fondamento per derogare al diritto internazionale, quasi per “tastare” il terreno e “abituare” a deroghe al sistema internazionale dell'ONU (facilmente giustificabili in quanto condotte in nome dei diritti delle persone umane), quindi, previsione di deroghe in relazione ad un nemico (dei diritti, della democrazia e della *loro* cultura) indeterminato (anche a livello territoriale),

un ritorno a tempi antecedenti l'adozione della Carta delle Nazioni Unite<sup>17</sup>.

multiforme e "nascosto", come il terrorismo, e, infine, affermazione del principio della "libera deroga" *tout court* (e un "nuovo", benché illegittimo, "diritto" internazionale), ovvero, libertà di azione per il perseguimento di una politica di potenza ed egemonia senza più nemmeno la presenza di coperture formali.

La storia degli ultimi interventi sembra in tal senso: intervento in Kosovo sotto l'egida umanitaria, missione in Afghanistan nel nome dei diritti umani, ma anche della caccia ad Osama Bin Laden, intervento (numero due) in Iraq in nome di interessi più dichiaratamente politici ed economici e al di fuori di qualsivoglia copertura Onu (anche se, forse, gli eventi bellici e l'opposizione di alcuni Paesi hanno in parte fatto fallire questo passo, ammorbidendone (senza peraltro eliminarla) – si vedano i vari tentativi di ritornare sotto cappello ONU – la portata eversiva); cfr., in argomento, fra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2002/1, p. 33: «dopo lo strappo della guerra che diviene lecita perché giustificata da ragioni umanitarie la attuale esperienza ci pone di fronte alla guerra che si afferma lecita perché finalizzata a contrastare il terrorismo internazionale, ...»; G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 331, che considera l'ultima guerra del Golfo chiara esplicitazione della crisi del sistema delle Nazioni unite, nonché dell'«uso strumentale dell'ideologia dei diritti fondamentali, che fornendo la copertura alle operazioni militari, ha asservito il diritto al dominio planetario, ed ai disegni geopolitici dell'unica superpotenza rimasta».

Nel senso qui indicato si può citare anche il documento ufficiale, a firma Bush, *The National security strategy of the United States of America*, laddove gli Stati Uniti si assumono il compito di difendere l'umanità dai rischi del terrorismo e si riconoscono un'assoluta libertà di azione: «quantunque gli Stati Uniti cercheranno costantemente di ottenere l'appoggio della comunità internazionale, noi non esiteremo ad agire da soli, se necessario, per esercitare il nostro diritto all'autodifesa, agendo preventivamente...» (il documento è citato nella traduzione contenuta in A. ASOR ROSA, *La guerra*, cit., pp. 207 ss., al quale si rinvia per un commento dello stesso); tale documento è stato definito come «la Carta istitutiva dell'impero», che prevede «un unico modello accettabile per le nazioni», politico (lo Stato liberale), istituzionale (le democrazie occidentali) e economico (capitalismo), con il rifiuto di ogni alternativa e l'affermazione della «unicità e insuperabilità degli Stati Uniti», come altro anche dall'Occidente (così R. LA VALLE, *Gli anni '90, la restaurazione di fine secolo*, in L. Bimbi (a cura di), *Not in my name*, cit., p. 195).

<sup>17</sup> Vedi, ad esempio, D. ZOLO, *Sotto le macerie finisce il diritto internazionale*, in l'Unità, 15 maggio 1999, secondo il quale l'intervento umanitario (del-

L'assunzione dei diritti umani alla stregua di un imperativo morale ad intervenire in qualsiasi caso siano violati (ovunque nei confronti di chiunque), senza l'intervento del diritto, nella fattispecie sotto la forma di procedure precostituite che stabiliscono procedimenti democratici e legati alla pace come valore di riferimento<sup>18</sup>, non può che risolversi nella discrezionalità e nell'arbitrio del più forte<sup>19</sup>.

la Nato in Kosovo) ha «letteralmente stracciato» la Carta delle Nazioni unite, e, più compiutamente, ID., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000, spec. cap. terzo, *Una guerra contro il diritto*, laddove la guerra della Nato contro la Repubblica Federale Jugoslava viene considerata una «eversione del diritto internazionale» (pp. 80 ss.).

<sup>18</sup> Fra chi insiste sul rispetto della pace e delle procedure, vedi D. GALLO, *Teoria e pratica dell'ingerenza umanitaria nel conflitto del Kosovo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1999/3, pp. 41 ss., per il quale «la tutela effettiva dei diritti dell'uomo presuppone un assetto pacifico delle relazioni internazionali», restando l'ingerenza umanitaria «affidata agli strumenti della politica e del diritto» e, nel caso di pericolo per la pace e la sicurezza collettive, alla competenza del Consiglio di Sicurezza, ai sensi del cap. VII della Carta ONU; S. SENESE, *L'insanabile contraddizione tra guerra e tutela dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 1999/3, che ritiene, in caso di ingerenza umanitaria attraverso l'utilizzo autonomo della forza da parte di un singolo Stato o gruppi di Stati «travolto» e violato il diritto internazionale (vigente) e considera come «la giusta preoccupazione per i diritti umani non può giustificare un'insofferenza verso il monopolio della forza in capo all'Onu e l'abbandono della fondamentale premessa sulla quale tale monopolio si fonda: il ripudio della guerra».

In generale, sul legame fra pace e diritti umani, considerato essenziale per la sussistenza di entrambi anche nella Carta della Nazioni Unite, cfr., tra i molti, recentemente, N. BOBBIO, *I diritti dell'uomo, oggi*, in ID., *L'età dei diritti*, cit., spec. p. 258: «la pace è il presupposto necessario per l'effettiva protezione dei diritti dell'uomo nei singoli Stati e nel sistema internazionale... Diritti dell'uomo, democrazia, pace sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico»; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, il Mulino, Bologna, 1997, spec. p. 180: «la pace e la giustizia tra i popoli ha fra i suoi pilastri fondamentali il riconoscimento e il rispetto dei diritti umani»; U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi*, cit., p. 17, che si riferisce alla presenza di un «duplice rapporto» fra rispetto dei diritti umani e mantenimento della pace; S. SENESE, *La protezione*, cit., spec. p. 778:

Gli argomenti etici<sup>20</sup>, quali quelli di Walzer, o di Habermas, se possono, a prima vista, affascinare, ad un esame più at-

«imboccare la strada della guerra per tutelare i diritti umani... costituisce una contraddizione in termini»; L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., spec. pp. 332-333, che parla di «implicazione reciproca tra pace e tutela dei diritti umani», individuando «il terzo criterio di identificazione assiologica dei diritti fondamentali» nel loro «nesso con lo scopo della pace».

<sup>19</sup> Cfr. in argomento, fra gli altri, G. U. RESCIGNO, *Riflessioni di un giurista sulla guerra e sulla pace*, in *Quad. cost.*, 1999/2, pp. 376 ss., che non esita a sostenere, in particolare in relazione all'intervento in Kosovo, che se le regole di diritto internazionale sono che la NATO «ha diritto di muovere guerra ad un altro Stato per ragioni umanitarie» e che «ha diritto di stabilire quando sussistono e quando non sussistono ragioni umanitarie, e se è opportuno intervenire militarmente oppure no», allora «tanto vale abolire i corsi e l'insegnamento del diritto internazionale», in quanto «quelle due regole sono l'ennesima riedizione del principio per cui chi è più forte nei rapporti tra gli Stati fa quello che gli pare e, data questa regola, non può esserne nessun'altra»; S. RODOTÀ, *Il nuovo impero dei diritti*, in *Il sole 24 ore*, 11 aprile 1999, p. 37, il quale, con un approccio "favorevole" al diritto di ingerenza umanitaria (considerando anche «non decisivo» l'argomento di chi rileva, ad esempio, «la contraddizione tra l'intervento in Serbia e la disattenzione per quel che avviene in Kurdistan»), sottolinea comunque come esso «non può essere inteso come una sorta di delega in bianco rilasciata a Stati o alleanze perché intervengano dove e quando gli piaccia», ma «esige condizioni precise e regole per il suo esercizio», per evitare rischi di autoritarismo e di logica della forza; L. CARLASSARE, *Costituzione*, cit., p. 191, ricorda Kant (*Per la pace perpetua*, 1795): se la determinazione di ciò che è giusto non avviene «... "secondo leggi esterne universalmente valide, che limitano la libertà di ciascuno, ma secondo massime unilaterali per mezzo della forza", la pace eterna sarà solo nei cimiteri...». Da ultimo, G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti*, cit., p. 331, rileva quali tendenze emergenti della fase attuale: da un lato, «che le regole che hanno fin qui sorretto i rapporti internazionali e dato garanzia ai diritti si vanno rapidamente sgretolando e sono di fatto sempre più frequentemente superate o violate, con il conseguente arretramento del "dominio del diritto"»; dall'altro, un «sempre più manifesto» «uso strumentale e "politico" dei diritti fondamentali, che vanno progressivamente torcendo le loro virtualità "universalistiche", in allarmanti valenze "imperiali", esasperando il loro fondamento olistico».

<sup>20</sup> Per una sintetica ed efficace ricostruzione critica di tali argomenti, cfr. D. ZOLO, *Chi dice umanità*, cit., spec. pp. 96 ss.

tento rivelano la loro debolezza e ambiguità: l'effettività dei diritti umani anche al di là, o contro, la "burocrazia" del diritto positivo, rappresenta senza dubbio una prospettiva allettante, ma non è indifferente la considerazione di *come* si garantisce l'effettività e *chi* la garantisce. Non è indifferente che la garanzia dei diritti avvenga attraverso un intervento armato – anche se si tratta della cosiddetta guerra giusta<sup>21</sup> o di una guerra volta a trasformare il diritto internazionale classico in diritto cosmopolitico<sup>22</sup> – e che tale intervento sia unilaterale e slegato da una

<sup>21</sup> M. WALZER, *L'idea di guerra giusta non va abbandonata* (intervista di G. Bosetti), in AA. VV., *L'ultima crociata. Ragioni e torti di una guerra giusta*, Reset, Roma, 1999, p. 54, afferma che «se i crimini sono reali, se essi includono il genocidio, o la messa in schiavitù su larga scala, o la pulizia etnica, e se la diplomazia non riesce a fermare quello che si deve fermare, allora l'intervento militare è sempre giustificato», esso costituisce, anzi, un «dovere imperfetto», «che non si può attribuire a nessun agente particolare» («se l'Onu può agire..., questa è probabilmente la migliore risposta. O forse la migliore risposta è se uno stato vicino, o un gruppo di stati vicini, interviene»); sul tema della guerra giusta, dell'Autore, cfr. anche *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Liguori, Napoli, 1990, nonché *Giusta o ingiusta? Considerazioni sul carattere morale della guerra del golfo*, Anabasi, Milano, 1992. In generale, sulla questione della "guerra giusta", oggetto di attenzione ormai da secoli, sia consentito rinviare in particolare ai vari interventi sul tema di N. BOBBIO, tra i quali si possono ricordare, oltre quelli citati *infra*, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, 1979; *Il terzo assente*, Sonda, Torino, 1989; *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Marsilio, Venezia, 1991.

Recentemente cfr., sul legame fra valori occidentali, universalismo e guerra giusta, D. ZOLO, *Una «guerra globale»*, cit.: «universalismo imperiale, dottrina cattolica della «guerra giusta» e mistica biblica della «guerra santa» si sposano... con una concezione discriminatrice dello spazio globale: coloro che respingono l'egemonia dei valori occidentali, ricorrendo al terrorismo, sono i nuovi barbari e i nuovi infedeli...».

<sup>22</sup> J. HABERMAS, *Umanità e bestialità: una guerra ai confini tra diritto e morale*, in AA. VV., *L'ultima crociata*, cit., p. 76, ritiene che «secondo i presupposti della politica dei diritti umani questo [n.d.r.: del Kosovo] intervento deve... essere inteso come una missione pacificatrice...», «la guerra nel Kosovo potrebbe rappresentare un salto sulla strada che porta dal classico diritto internazionale al diritto cosmopolita di una società universale».



procedura democratica inerente alla formazione (e all'esecuzione) della decisione.

Si pensi alla considerazione – citando Marco Revelli – che «una regola di comportamento per assumere i connotati della «moralità»... deve avere i caratteri dell'*universalità*. Deve valere in ogni luogo e in ogni tempo (occasione) nei confronti di chiunque. Se si applica in modo selettivo, solo nei confronti di alcuni e non di altri... perde la propria legittimazione etica», ricadendo nel campo della politica o degli interessi di potenza<sup>23</sup>, ovvero si svela quale semplice strumento di copertura ideologica. Si ricordi, inoltre, la contraddittorietà di intervenire in nome dei diritti umani, violandoli<sup>24</sup> (continuando con le parole di Revelli: «la seconda condizione per un'azione eticamente giustificata, è che essa «rispetti» l'oggetto a tutela del quale è diretta»)<sup>25</sup>.

Sono sufficienti queste osservazioni per mostrare l'ambiguità – se non la strumentalità – dell'argomento etico: l'istitu-

<sup>23</sup> M. REVELLI, *L'ultima guerra del secolo*, in *Teoria politica*, 1999/2-3, p. 362; «perché contro la Serbia per il Kosovo e non contro la Turchia per il Kurdistan» (*ibidem*), o per Timor, per il Ruanda, ecc.? La scelta di alcuni interventi e non di altri, anche in presenza di violazioni contemporanee (come quelle nei Balcani e in Turchia nei confronti dei curdi), rende «difficile... non immaginare che dietro l'inedito universalismo dei diritti si celi, piuttosto, il fin troppo conosciuto particolarismo della politica di potenza e dell'affermazione egemonica sulla scala smisurata della nuova società globale» (*ivi*, p. 363); sul punto, cfr. A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, cit., p. XIX, specie dove osserva che «imporre (anche clamorose) selettività geopolitiche, impossessarsi – in nome della forza molto più che dell'*auctoritas* – dei diritti in chiave punitiva e guerriera, squalifica di per sé ogni possibile profilo alto del diritto d'ingerenza... anche agli occhi di chi non crede che tra esso e guerra l'opposizione è concettuale...».

<sup>24</sup> Osserva S. SENESE, *Una Carta da giocare*, in *il manifesto*, giovedì 4 maggio 2000, p. 12, «imboccare la strada della guerra per tutelare i diritti umani di un gruppo o di un'intera popolazione costituisce una contraddizione in termini, uno scardinamento dell'universo di senso (costruito intorno alla centralità del diritto alla vita)».

<sup>25</sup> M. REVELLI, *L'ultima guerra*, cit., p. 363.

zione di procedure (democratiche) a garanzia dei diritti non è “burocratizzazione” (nel senso di una prevalenza della procedura sulla sostanza sino ad una assolutizzazione della procedura in sé, “dimenticando” la sua funzione di “mezzo” per il raggiungimento di un fine), ma l’unica forma di tutela dei diritti in grado di rispettarne la sostanza e di impedirne la strumentalizzazione. La via per un diritto internazionale fondato sui diritti umani è, in via di principio, la creazione di organismi giurisdizionali mondiali, non l’uso della forza armata e, anche laddove, in via eccezionale, si rendesse necessario l’uso della forza, non il libero intervento, ma un intervento che, in un ipotetica Costituzione mondiale, sia preventivamente contemplato e regolamentato.

Ogni intervento armato oggi condotto in nome dei diritti umani da singoli Stati si risolve nella vecchia e purtroppo imperitura affermazione della legge del più forte, ogni «missione pacificatrice» o «guerra giusta» rischia di essere una mistificazione della politica di potenza e, se è indubbio che qualche volta interventi di fatto possono tutelare un valore<sup>26</sup> (anche se comunque ben difficilmente solo quello e difficilmente solo quello è la posta in gioco), è anche vero che altre volte il valore sarà utilizzato solo strumentalmente e, in tal modo, rischierà di perdere proprio la sua qualità di “valore”.

In concreto, se, ad esempio, è difficile negare il carattere di “guerra giusta” all’intervento degli Stati Uniti nella seconda guerra mondiale, dato il suo sostanzioso contributo alla sconfitta del nazifascismo, è altresì evidente come non sia stato deciso solo in nome della difesa degli ideali democratici, mentre interventi come quello in Kosovo, e, ancor più, in Afghanistan e Iraq – senza incorrere in fantasiose ermeneutiche del sospet-

<sup>26</sup> Ciò assumendo, ad esempio, il «criterio di valore» che «la democrazia anche difettosa è preferibile a qualsiasi forma di stato autoritario, dispotico, totalitario» (così N. BOBBIO, *Non siate prigionieri dell'antiamericanismo*, in AA. VV., *L'ultima crociata*, cit., p. 46).

to, come è stato, anche autorevolmente, sostenuto<sup>27</sup> – facilmente mostrano il carattere strumentale del riferimento ai “valori” e, di conseguenza, inducono ad una loro squalificazione.

Forse, più che avere dubbi su alcuni aspetti delle “guerre giuste”<sup>28</sup>, sostenere che questi interventi condotti in «autoinvestitura» non debbono divenire la regola<sup>29</sup>, è più coerente con i diritti umani attendere, promuovendola, la giuridicizzazione della loro tutela<sup>30</sup>, non consentendo a taluno<sup>31</sup> di sfruttare la

<sup>27</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., p. 81: «dall’attacco alla Jugoslavia un’ermeneutica del sospetto può cavare piuttosto poco», viene mostrato «quanto poco le motivazioni universaliste celino inconfessabili interessi particolari», «né quanto si imputa agli Usa (di voler garantire e allargare la propria sfera di influenza) né la motivazione ascritta alla Nato (la ricerca di un ruolo nuovo), né quanto si rimprovera alla “fortezza europea” (la difesa preventiva da ondate di profughi) può spiegare la decisione per un intervento così grave, rischioso e costoso».

<sup>28</sup> «Ci sono molte fonti di inquietudine... ci sono... molti dubbi sull’efficacia degli attacchi militari», «crescono i dubbi sulla congruenza dei mezzi militari. Dietro ogni “effetto collaterale”, ... ogni obiettivo civile che cada vittima accidentale di un missile, non si intravede una contingenza qualsiasi della guerra, ma una sofferenza che il “nostro” intervento ha sulla coscienza», scrive, a proposito del Kosovo, J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., p. 78.

<sup>29</sup> Così J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., p. 86.

<sup>30</sup> Anche J. HABERMAS (*Umanità e bestialità*, cit., pp. 82-84) ritiene necessario «un Consiglio di sicurezza funzionante, la giurisprudenza vincolante di una corte di giustizia internazionale e l’integrazione dell’Assemblea generale dei rappresentanti dei governi con un “secondo livello” di rappresentanza dei cittadini», ovvero una giuridificazione e istituzionalizzazione dei rapporti internazionali (ovvero la considerazione dei diritti umani «in un ordine giuridico democratico su scala mondiale», come quella dei diritti fondamentali nelle costituzioni), ma poi considera la possibilità – stante la «“sottoistituzionalizzazione” del diritto di cittadinanza universale» – di «richiamarsi solamente alla validità morale del diritto internazionale». Ritiene, invece, inconciliabile la prospettiva della «guerra umanitaria» e l’ottica dell’«istituzionalizzazione dei diritti dell’uomo», D. ZOLO, *Chi dice umanità*, cit., p. 106: la «guerra umanitaria» «rischia di far regredire l’ordinamento internazionale ad un livello «primitivo» ..., vanifica le funzioni «pacificatrici» del diritto internazionale e scredita lo stesso ideale cosmopolitico della cittadinanza universale».

confusione, a livello internazionale, fra diritto e morale, per invocare direttamente quest'ultima ed agire, come fosse «co-strett[o] ad anticipare la futura condizione cosmopolita»<sup>32</sup>. A favore di ciò, se non altro la constatazione che il più “generoso” fra coloro che si assurgono a paladini (armati) dei diritti umani, rifiuta l'istituzione del Tribunale penale internazionale<sup>33</sup> (primo – piccolo<sup>34</sup> – passo verso una tutela giurisdizionale universale dei diritti umani), ovvero, mostra chiaramente di voler difendere innanzitutto una hobbesiana libertà dello Stato (inteso in senso lato, come potere dominante), non i diritti delle persone umane<sup>35</sup>. Non sono i diritti umani a fungere «da

<sup>31</sup> E, come osserva lo stesso J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., p. 84, del quale si sta criticando l'impostazione generale sulla questione degli interventi umanitari, «cosa diremmo», se, invece degli Stati Uniti o della Nato, «un giorno l'alleanza militare di un'altra regione – diciamo l'Asia – praticasse una politica armata dei diritti umani basata su un'altra interpretazione, la loro appunto, del diritto internazionale o della Carta dell'Onu?».

<sup>32</sup> J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., p. 83.

<sup>33</sup> In tal senso, al di là del dato di fatto della mancata sottoscrizione della Convenzione istitutiva, si può citare da *The National Security Strategy of the United States of America*, documento ufficiale della Presidenza Bush del settembre 2002: «we will take the actions necessary to ensure that our efforts to meet our global security commitments and protect Americans are not impaired by the potential for investigations, inquiry, or prosecution by the International Criminal Court (ICC), whose jurisdiction does not extend to Americans and which we do not accept» (dal sito <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>; cfr., sul punto, anche i già citati traduzione e commento di A. ASOR ROSA, *La guerra*, cit., spec. p. 212).

<sup>34</sup> Si pensi, ad esempio, alla competenza limitata del Tribunale penale, o al ruolo in esso esercitabile dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

<sup>35</sup> Sul ruolo degli Stati Uniti e sulla questione della presenza o meno di un loro «diritto assoluto» (di matrice, in particolare, hegeliana), degna di rilievo è la discussione sviluppatasi in Italia fra Bobbio, da un lato, e Zolo e Ferrajoli, dall'altro (cfr., in specie, gli interventi, riportati in AA. VV., *L'ultima crociata*, cit., di N. BOBBIO, *Perché questa guerra ricorda una crociata* (intervista di G. Bossetti), pp. 16 ss.; L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Una crociata illegale, ma necessaria solo perché americana? Lettera aperta a Norberto Bobbio*, pp. 39 ss.; N. BOBBIO, *Non siate prigionieri*, cit., pp. 44.).

punto di riferimento etico per la valutazione di obiettivi politici»<sup>36</sup>, ma gli obiettivi politici ad utilizzare i diritti umani come giustificazione (etica); la «buona notizia» dell'«umanesimo militare», come «intervento di potenze transnazionali che si muovono per far rispettare i diritti umani oltre i limiti dei confini nazionali», rischia di non essere «anche la cattiva» («il potere egemonico decide cos'è il diritto e cosa i diritti umani»)<sup>37</sup>, ma solo quest'ultima.

### III.1.2. *Un altro "uso" e un'altra percezione dei diritti è possibile*

I diritti umani universali non sono stati e non sono però solo uno strumento di dominio (e, di conseguenza, percepiti come tali), vi è anche un «volto buono» dei diritti: essi costituiscono anche un grimaldello con il quale scardinare proprio il dominio, una difesa contro la legge del più forte e, in generale, un mezzo per raggiungere, mantenere e sviluppare la dignità umana.

I diritti, citando le parole di Tamar Pitch, sono «veleno e cura», in quanto essi «possono essere, sono stati, ancora sono, strumento di un imperialismo culturale che apre la strada all'imperialismo economico e sociale attraverso la distruzione delle culture che sono incompatibili con lo sviluppo economico, sociale e politico di cui essi sono presupposto», ma, nello stesso tempo, sono «anche argine e difesa» contro l'imperialismo stesso<sup>38</sup>.

L'Occidente – come scrive Serge Latouche – ha utilizzato i diritti in funzione imperialista, ma «parallelamente alla decul-

<sup>36</sup> Così J. HABERMAS, *Umanità e bestialità*, cit., pp. 83-84.

<sup>37</sup> U. BECK, *Il soldato Ryan e l'era delle guerre postnazionali*, in AA. VV., *L'ultima crociata*, cit., p. 69; dell'Autore si può ricordare anche la definizione del «pacifismo militare» come «miscela di generosità umanitaria e logica imperialista» (p. 72).

<sup>38</sup> T. PITCH, *L'antropologia*, cit., p. 195.

turazione del pianeta e all'imperialismo sotto tutte le sue forme, ... ha prodotto ed elaborato il sogno di una città emancipata dove tutti gli uomini avrebbero il loro posto e della quale ciascuno sarebbe un libero cittadino»<sup>39</sup>.

I diritti – così come nascono, in particolare, nella cultura occidentale – sono e sono sempre stati, come visto, ambigui, la loro universalità è sempre stata legata ad una distinzione fra “noi” e gli “altri” (cui si negano i diritti perché occorre che siano “civilizzati” ai diritti): ciò è avvenuto prima con il colonialismo, poi, in una certa forma, con il socialismo<sup>40</sup>, e adesso pare

<sup>39</sup> S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione*, cit., p. 142; in argomento, cfr. anche, fra gli altri, A. ASOR ROSA, *La guerra*, cit.: «Tutto questo è l'Occidente, e tutto questo... insieme: il diritto e l'oppressione, la tolleranza e la violenza, la libertà e la disuguaglianza, l'emancipazione e la mercificazione, le opportunità e lo sfruttamento. Una forza mostruosa e un mite sogno di pace» (p. 179); P. BARCELLONA, *Il caso italiano fra economia globale e crisi sociale*, in *Dem. e dir.*, 1995/2: l'Occidente, «da una parte... è una “macchina infernale che stritola gli uomini e le culture per fini insensati...”», «dall'altra ha elaborato l'utopia di una società di eguali e di fratelli, di liberi e di diversi. Il suo universalismo possiede in sé due aspetti contraddittori: è distruttivo nei confronti delle culture “altre” e, nello stesso tempo, proclama l'uguaglianza di diritto di tutti gli uomini» (p. 106); S. RODOTÀ, *Per la globalizzazione dei diritti*, in *MicroMega*, 2001/2: la «nuova frontiera dei diritti riguarda la funzione che essi effettivamente svolgono: ampliamento dell'«impero del diritto» o strumenti di un dominio planetario nelle mani di un'unica superpotenza» (p. 161).

<sup>40</sup> Se, infatti, l'area socialista partecipò alla redazione dei diritti universali, è anche vero che i Paesi occidentali hanno elaborato una concezione politica che, tra i suoi assunti, annoverava quello della violazione dei diritti nei Paesi socialisti. In senso parzialmente differente cfr. M. DOGLIANI, *I diritti dell'uomo: principi universali o ideologia?*, in M. Dogliani, S. Sicardi (a cura di), *Diritti umani*, cit., pp. 43 ss. (e similmente ID, *I diritti che sono di ogni uomo*, in *Confini*, 1999/3, pp. 4 ss.), che – riprendendo il pensiero di Heller (*La dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988) laddove individua i «principi giuridici etici» sulla base della loro validità generale, cioè della loro condivisione al di là dell'appartenenza a ideologie differenti – osserva come «il carattere universale dei diritti dell'uomo si fondava su due ordini di argomenti», uno di carattere teorico (collegato alla «pretesa all'uguale riconoscimento della dignità “di ciò che ha sembianza umana”») e uno «storico-pratico parti-

avvenire con chi si oppone allo spirito della globalizzazione liberale (fondamentalismi, integralismi etnici o, in generale, culture "diverse"). Nella presentazione ed "esportazione" dei diritti da parte occidentale è spesso adombrata l'affermazione implicita della superiorità della cultura occidentale (la "produttrice" dei diritti stessi), con la conseguenza che i diritti dell'uomo sono di tutti gli uomini in quanto essi accettino la superiorità dei valori della comunità dalla quale i diritti stessi derivano<sup>41</sup>: «ci si può salvare» – è stato osservato – «solo se ci si oc-

colarmente potente: la prova della loro universalità era data infatti dalla loro accettazione da parte degli stati appartenenti ai due blocchi. Il loro riconoscimento da parte di stati che si fondavano su ideologie legittimanti diverse (liberali e comuniste) garantiva il loro carattere non ideologico...» e il loro non essere uno strumento di dominio (p. 45); l'Autore, comunque, sottolinea anche come questa costruzione dell'universalità sia stata messa in crisi dalla guerra del Kossovo, che ha dimostrato come, dopo il venir meno dell'equilibrio bipolare, «il sistema delle relazioni internazionali... non è stato in grado di ricostruire quel dover essere con pretese di universalità», per cui, per eliminare il sospetto che la teoria dei diritti umani sia solo una teoria del blocco dominante, «bisognerebbe sottoporla ad altri test di universalità (in primis con il mondo islamico)» (p. 45); recentemente – come già ricordato – giudica dotata di «carattere autenticamente universale» la Dichiarazione del 1948, sulla base del contributo ad essa dato da parte dei Paesi socialisti, «ad onta del clima di contrapposizione ideologica» proprio degli anni della guerra fredda in cui nacque la Dichiarazione stessa, U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi*, cit., p. 19.

<sup>41</sup>... e fintanto che non minaccino i diritti universali degli appartenenti alla comunità stessa (su tale questione, cfr. *infra*, a proposito del perdurante ruolo, in funzione di esclusione, della sovranità e della cittadinanza).

Indica nella «implicita attribuzione di superiorità alla cultura matrice dei diritti» un ostacolo alla loro universalizzazione, T. PITCH, *L'antropologia*, cit., p. 179; osserva come «l'affermazione che i valori dell'Occidente, essendo "naturalisti", sono quelli di ciascun uomo e di tutti gli uomini diventa vera, senza che pertanto questi valori siano più "naturalisti". Semplicemente, sono sopravvissute e sopravvivono soltanto le società che hanno almeno in parte accettato quei valori. Proprio per questo la storia retrodittiva può pretendere che tali valori fossero *in germe* nelle loro culture e che l'Occidente non ha fatto altro che rivelare a loro stesse la loro verità profonda», S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione*, cit., p. 70, che in ciò individua «una verità tragica nell'umanesimo-universali-

cidentalizza, solo se si assumono le forme e le fattezze dell'Occidente»<sup>42</sup>.

Ma – come si è cercato di dimostrare – i diritti non sono appannaggio dell'Occidente, sono (possono essere), se pur con contestualizzazioni diverse, transculturali, e, se si muove dal riconoscimento della loro condivisione, si possono cogliere aspetti positivi anche nella loro affermazione e proclamazione occidentale, alla quale può, ad esempio, riconoscersi l'opera di codificazione degli stessi, che, anche se condotta con ottica e priorità occidentali, può aver stimolato (e fornito supporto) a lotte per la libertà e la dignità umana<sup>43</sup>.

I diritti umani universali come oggi li conosciamo hanno una doppia anima, o, forse meglio, un doppio volto, uno “cattivo”: l'essere uno strumento di legittimazione e un mezzo di egemonizzazione, per un potere (cultura), una affermazione di superiorità<sup>44</sup>, ed uno “buono”: l'esprimere l'idea della centralità (e della necessità di tutela) della persona umana e della sua dignità; i diritti della persona umana sono, allo stesso tempo, un mezzo di sopraffazione di un uomo nei confronti di un altro

smo dell'Occidente»; A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali*, cit., p. 449, si riferisce al «rischio insuperabile di una sorta di omogeneizzazione o appiattimento culturale universale, legato all'affermazione estensiva e onnipervasiva di un c.d. *pensiero unico*», ispirato alla modernizzazione occidentale, quindi liberal-democratico, capitalista, «il quale “accetta” e “tollera”, sì, ogni altra e diversa cultura, ma in realtà la assorbe e la marginalizza quale mera “subcultura”».

<sup>42</sup> «L'occidentalizzazione del diverso si presenta come una caratteristica imprescindibile per la sua salvezza» (A. ASOR ROSA, *La guerra*, cit., pp. 190-191).

<sup>43</sup> Osserva M. WALZER, *Due specie*, cit., p. 142: «stando all'esperienza umana nessuna morale fatta dagli uomini può servire soltanto gli interessi degli oppressori. Perché non si può servire nessun interesse umano particolare senza aprire la via a un servizio più ampio»; in una prospettiva simile, cfr., E. GREBLO, *Globalizzazione*, cit., p. 426: «il linguaggio normativo dei diritti dell'uomo» non necessariamente coincide con la sua «eventuale funzione di copertura ideologica».

<sup>44</sup> La “vera” persona umana è quella appartenente ad una determinata cultura, gli altri sono *hebetes*, comunisti, islamici, etc.



uomo e un mezzo di liberazione di tutti gli uomini; una impostura per affermare il privilegio di alcuni e la proclamazione dell'eguale valore di tutti.

"Occidentalità" – come legame con la cultura occidentale – dei diritti e loro utilizzo in funzione egemonica convivono con il loro essere espressione e mezzo di emancipazione della dignità della persona umana: lo sviluppo di concetti come quello dell'universalismo situato e una loro tutela effettivamente (e democraticamente) mondiale, in un'ottica cosmopolita, può allontanare lo spettro del loro volto "cattivo".

Solo una corretta percezione della duplicità e ambiguità dei diritti<sup>45</sup> e l'assunzione di una prospettiva di costruzione e interpretazione dei diritti trans-culturale<sup>46</sup> possono rappresentare il punto di partenza per diritti effettivamente universali, nel loro contenuto e nella loro garanzia; solo in questo orizzonte si può considerare come approdo la terraferma delle positivizzazioni del 1948 e del 1966.

<sup>45</sup> Il senso dell'esposizione delle ambiguità dei diritti è quello espresso da E. BALIBAR, *Le frontiere della democrazia*, manifestolibri, Roma, 1993: «penso che l'esplorazione delle *aporie* della politica dei diritti dell'uomo rappresenti già una delle condizioni di esistenza di essa. Per questo parlo dell'universalità e dei suoi paradossi...» (p. 15, nonché, più ampiamente, pp. 183 ss.).

<sup>46</sup> Evitando il rischio di considerare universale ciò che è occidentale [ovvero di universalizzare «una forma particolare che si dice universale o che si impone come universale» (F. INGRAVALLE; *Relativismo oggi*, cit., p. 57)], con il relativo correlato di funzione egemonica [«è imperiale la persuasione che i propri valori e modi di vita coincidano automaticamente con quelli che, a livello universale, possono e debbono considerarsi valori e modi di vita "umani"» (A. ASOR ROSA, *La guerra*, cit., p. 212)] che ciò, anche se affermato con le migliori intenzioni (quale riconoscere la pari dignità di tutti gli esseri umani), non può non comportare (come nell'ipotesi di un discorso *à la Las Casas*).

Occorre sempre tener presente che «chi viene dal centro del sistema, chi viene dai luoghi del dominio, ha maggiore possibilità di costruire e sostenere un discorso universale», anche se, come nell'ipotesi di cui discute l'Autore, si tratta di movimenti contro la globalizzazione liberista (C. AGUITON, *Il mondo ci appartiene. I nuovi movimenti sociali*, Feltrinelli, Milano, 2001, p. 119).

Ma occidentalità e uso imperialista non sono gli unici elementi a revocare in dubbio i diritti umani universali: correlata ad un “essere imperiale” dei diritti, nel senso della loro strumentalità rispetto al dominio dei vari “Imperi”, vi è la loro caratterizzazione, sul piano concreto, come privilegi, per cui i diritti sono universali fintantoché una persona, umana, ma non cittadina del centro dell’impero, non osi chiederli. Entrano in gioco la sovranità degli Stati e la cittadinanza, ovvero la vanificazione – perlomeno in alcune ipotesi – della proclamazione universale, del riconoscimento della “semplice” persona umana.

### III.2. *Le pretese della sovranità*

Sovranità degli Stati e cittadinanza rappresentano due potenti fattori di esclusione dai diritti, due elementi in contraddizione con la loro universalità e, dunque, un disvelamento del volto “cattivo” dei diritti, del loro carattere mistificatorio ed ingannatore.

Antonio Gramsci scriveva: «esiste un punto nella storia in cui la borghesia è costretta a ripudiare ciò che essa stessa ha creato»<sup>47</sup>, ovvero esiste un punto in cui ciò che essa ha creato (per sé) viene utilizzato contro di lei, diviene nocivo per i suoi interessi e, dunque, viene rifiutato. Ciò riguarda anche i diritti umani; in specie, si può dire che oggi l’Occidente, pur continuando a proclamarli a gran voce, quando non ne fa il vessillo delle proprie armate, in realtà, spesso li disconosce quando a chiederne il godimento è il loro titolare, allo stato “puro”: la persona umana senza ulteriori caratterizzazioni.

#### III.2.1. *Lo scontro fra Stati sovrani e diritti universali*

Dopo la seconda guerra mondiale gli individui acquistano a livello internazionale una soggettività giuridica, alla quale è

<sup>47</sup> A. GRAMSCI, *Legalità*, ora in *Socialismo e fascismo (l’Ordine nuovo, 1921-1922)*, Einaudi, Torino, 1966, p. 306.

legato il riconoscimento di una serie di diritti, autonoma e distinta rispetto a quella degli Stati<sup>48</sup> e, da parte loro, gli Stati divengono responsabili, sia pure ancora in modo imperfetto, del rispetto dei diritti della persona umana nei confronti della comunità internazionale<sup>49</sup>.

La Dichiarazione universale del 1948 o, con una più sicura efficacia giuridica, i Patti Onu del 1966, o i vari documenti successivi che hanno contribuito ad incrementare e specificare, a livello internazionale, il catalogo dei diritti dell'uomo, costituiscono – come visto – il riconoscimento, a livello giuridico positivo, dei diritti umani oggi proclamati come universali, ovvero delineano lo *status* giuridico essenziale di ogni persona umana, a prescindere dalla sua appartenenza ad una particolare comunità (Stato) o dalla sua presenza in un determinato territorio (Stato)<sup>50</sup>. Si riconosce, in altre parole, che la persona umana è un soggetto titolare di diritti, nei confronti di chiunque, ovunque si trovi.

<sup>48</sup> Vedi, fra gli altri, A. CASSESE, *I diritti umani: tendenze recenti*, cit., pp. 51 ss.: «La protezione internazionale dei diritti umani sorge dopo la seconda guerra mondiale» (p. 51), «prima... l'individuo nella comunità internazionale veniva in rilievo soltanto in quanto appendice dello Stato...» (p. 52); similmente, F. LATTANZI, *Struttura dei rapporti internazionali e limiti dei procedimenti di garanzia istituiti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 57 ss.: «nel periodo precedente il II conflitto mondiale... il diritto internazionale si disinteressava dell'individuo in quanto tale...», «nel secondo dopoguerra... riguardo alla protezione dell'uomo come tale il diritto internazionale ha subito una vera rivoluzione» (p. 57).

<sup>49</sup> Cfr., ad esempio, S. SENESE, *La protezione*, cit.: «la Dichiarazione universale dei diritti umani supera il falso universalismo che contrassegnava la positivizzazione di tali diritti nelle costituzioni nazionali imponendo allo Stato, ad ogni Stato, di riconoscere e rispettare quei diritti nei confronti di chiunque, cittadino o straniero che sia, e rendendolo responsabile, sia pur ancora in modo umbratile e molto imperfetto, del rispetto di tale obbligazione... nei confronti della comunità internazionale» (p. 772).

<sup>50</sup> Si superano, cioè, potenzialmente, le contraddizioni della positivizzazione dei diritti universali a livello di singoli Stati (cfr. *supra*, parte I, cap. I, par. I.3).

Tale soggettività internazionale della persona umana convive però con la perdurante soggettività internazionale degli Stati: si tratta di una convivenza forzata fra due elementi spesso incompatibili e aspiranti entrambi ad una attuazione assoluta<sup>51</sup>, libera dagli obblighi che la prima vorrebbe imporre alla seconda (vincolandola e finalizzandola alle proprie “necessità”) e dai limiti e dalle eccezioni ai quali la seconda vorrebbe sottoporre la prima (in relazione ai discrezionali voleri della “ragion di stato”).

L'incontro (scontro) fra le due soggettività, allo stato attuale, pare sfociare in una insuperabile contraddizione; di sicuro, si presenta molto ardua l'affermazione della soggettività della persona umana e, facilmente, essa soccombe ogni volta che si trova a confliggere con la soggettività degli Stati<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, la proclamazione della sovranità in una recente costituzione (Costituzione della Repubblica di Estonia, 28 giugno 1992): «Estonian independence and sovereignty is interminable and inalienable» (art. 1); la citazione è tratta da E. DENNINGER, *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, relazione al Convegno annuale AIC, 17-18 ottobre 2003, il quale osserva, in relazione agli stati postcomunisti dell'est europeo, come essi «riflettono nelle loro nuove costituzioni democratiche i “classici” concetti di sovranità dell’“ordine vestfalico”», pur rilevando come essi probabilmente devono recuperare molto rapidamente l'essenza dello stato nazionale, per poi in parte superarla in vista dell'integrazione europea: ma è corretto definire fenomeni come quello dell'integrazione europea in termini di superamento della sovranità o non è forse più efficace considerarli un riallocaimento, graduale, della sovranità, senza però che ciò revochi in dubbio il concetto di sovranità territoriale? Considerare, cioè, l'Unione europea semplicemente uno “Stato più grande”?

<sup>52</sup> Non altrettanto, invece, è configurabile a proposito della soggettività internazionale degli Stati, la quale – al di là di quanto (retoricamente) proclamato dai sostenitori dell'ingerenza umanitaria – non è di sicuro destinata a soccombere nel caso che sia negata la soggettività della persona umana: «il rispetto dei diritti umani non costituisce un criterio per ammettere o rifiutare uno Stato, o un governo, in seno all'Onu», il diniego sistematico dei diritti umani, cioè, non costituisce un ostacolo all'acquisto della soggettività internazionale

In altre parole, è in dubbio, innanzitutto, il fatto che, nonostante le proclamazioni formali, i diritti della persona umana si siano veramente emancipati da quei soggetti (gli Stati) che comunque stanno dietro al loro riconoscimento universale. I Patti Onu del 1966, così come l'intero sistema delle Nazioni Unite, derivano da un atto di auto-limitazione della propria sovranità da parte degli Stati; da questa auto-limitazione, sia pure come riconoscimento di diritti connaturati di per sé alla persona umana (diritti naturali), è nato l'attuale *status* giuridico della persona umana.

La positivizzazione dei diritti a livello internazionale rischia di ricadere nelle ambiguità che già avevano colpito la positivizzazione dei diritti a livello nazionale: la difficoltà è riconoscere l'esistenza di diritti e principi sottratti al dominio degli Stati<sup>53</sup>, di costruire un diritto (internazionale) prescin-

da parte di uno Stato e nemmeno alla sua presenza in seno all'Onu (A. CASSESE, *I diritti umani*, cit., p. 83). Peraltro, non sembra di poter condividere (perlomeno se si ragiona in termini giuridici e non meramente "fattuali", sul piano prescrittivo del diritto e non su quello meramente descrittivo della realtà) il pensiero di chi (F. BELVISI, *Il diritto di immigrazione come diritto sovranazionale*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 212) sostiene che l'ordinamento internazionale «trova tuttora nella sovranità statale, e non nel personalismo dei diritti umani, il proprio principio di base», negando addirittura in tal modo la presenza di una doppia soggettività (degli Stati e della persona umana); più condivisibile appare la posizione di chi (G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti*, cit.) considera l'«internazionalizzazione» una linea di evoluzione dei diritti fondamentali, oggi presente «ancora in una fase molto embrionale» (p. 136), ma che se, da un lato, è basata sullo sviluppo del diritto internazionale classico (come cooperazione tra gli Stati), dall'altro, parte dal presupposto che «la sovranità rappresenta un ostacolo per l'organizzazione e la protezione dei diritti» (p. 158), nella prospettiva – come osserva P. HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale*, cit. – che «il futuro può essere tracciato soltanto da una concezione strumentale della sovranità, concepita in funzione dell'uomo, non invece da "un'idea di sovranità del più forte"» (p. 3).

<sup>53</sup> ... e che nemmeno hanno bisogno del "riconoscimento" da parte degli Stati.

dendo dal soggetto “Stato”<sup>54</sup>. Il rischio è che il riconoscimento dei diritti della persona umana dipenda dalla sottoscrizione da parte degli Stati dei vari patti internazionali sui diritti dell’uomo e che, dunque, i diritti della persona umana valgano e possano essere esercitati, o anche – in una prospettiva più rigidamente positivista – esistano, solo se, quando e come, gli Stati “vogliono”. Così come la proclamazione nella Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 che «nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte», o l’affermazione nell’art. 13 della Costituzione italiana dell’inviolabilità della libertà personale, non possono valere oltre il territorio francese o italiano, così l’art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che contiene una analoga previsione<sup>55</sup>, rischia di non avere efficacia oltre il territorio dell’ente sovrano che abbia ratificato il Patto stesso.

Sono riusciti i diritti della persona umana ad emanciparsi dagli Stati, perlomeno quanto alla loro proclamazione?

In secondo luogo, pur riconoscendo la presenza – al di là dell’origine “statale”<sup>56</sup> – di una posizione autonoma ed indipendente della persona umana (e dei suoi diritti), si può osservare come, prescindendo per ora dalla questione relativa ad una possibile prevalenza di fatto della sovranità, la positivizzazione stessa dei diritti contenga clausole di salvaguardia della sovranità e, in alcuni casi, proclami già in origine i diritti in

<sup>54</sup> Un passo nel senso di una emancipazione dagli Stati potrebbe riconoscersi ove i diritti umani si considerino facente parte, oltre che del diritto internazionale pattizio, anche del diritto internazionale consuetudinario.

<sup>55</sup> «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere arbitrariamente arrestato o detenuto. Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge... » (art. 9, Patto Onu sui diritti civili e politici).

<sup>56</sup> Quantomeno sul piano del diritto positivo.

modo parziale (con effetti paradossali) per non "turbare" troppo la sovranità<sup>57</sup>.

Accanto alla proclamazione solenne dei diritti della persona umana, all'indicazione come fondamento e fine del mondo della dignità umana e dei diritti inalienabili dell'uomo, si introducono, infatti, clausole di salvaguardia della sovranità statale: l'affermazione che «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti uguali ed inalienabili costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo...» (preambolo, Dichiarazione universale del 1948), si accompagna alla previsione che «nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge [n.d.r.: statale] per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica [n.d.r.: società-Stato?]]» (art. 29, par. 2, Dichiarazione universale del 1948).

In alcune ipotesi, poi, è la stessa proclamazione dei diritti a cedere alle esigenze della sovranità, che, in tali casi, non si "accontenta" di una scappatoia che le assicuri la vittoria in presenza di contrasti, ovvero della possibilità di introdurre deroghe ed eccezioni a propria salvaguardia, ma si impone, sin da subito, sulle esigenze dei diritti (ovvero, la stessa previsione normativa generale a tutela della persona umana cede a fronte delle prerogative dello Stato).

<sup>57</sup> Osserva, ad esempio, G. OESTREICH, *Storia dei diritti*, cit., p. 140: «l'idea della sovranità politica, qual segno della libertà e dell'autodeterminazione d'uno Stato, si frappone a un'integrazione sovrastatale mediante diritti di libertà»; S. COTTA, *Il fondamento*, cit., p. 646, evidenzia la «resistenza degli stati a riconoscere che la loro sovranità è *limitata*... da un *diritto superiore* [n.d.r.: inteso in tal caso, pare, come fondamento oggettivo] alla volontà normativa degli stati».

Ciò è evidente nel riconoscimento, nei documenti internazionali sui diritti dell'uomo<sup>58</sup>, con una evidente illogicità, del diritto di ogni individuo «di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio»<sup>59</sup>, senza la previsione del corrispondente diritto di entrare in un altro paese, mantenendo immutata l'asimmetria di fondo dello *ius migrandi* di Francisco Vitoria.

Ogni persona umana ha diritto di uscire da qualsivoglia paese, ma solo ogni cittadino o colui al quale lo Stato – discrezionalmente – voglia attribuire tale possibilità<sup>60</sup>, può vantare un diritto di ingresso nel territorio dello Stato. Le “semplici” persone umane, paradossalmente, hanno il diritto – ma sarebbe meglio dire la condanna – di vivere nelle acque internazionali, in perpetua navigazione, senza poter mai più veder la terra, o il diritto di vivere nella terra di nessuno al confine tra due Stati, tra le rispettive barriere di filo spinato?<sup>61</sup>

<sup>58</sup> ... ma analogo discorso può essere fatto per quelli regionali; basti vedere, ad esempio, la norma di cui all'art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 del 16 settembre 1963 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>59</sup> Cfr. l'art. 13, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, o l'art. 12, par. 1, del Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici.

<sup>60</sup> Si sottolinea: possibilità, non diritto; sulla negazione, ad esempio, di un diritto costituzionale di ingresso dello straniero in Italia, ci si permette di citare, per un primo riferimento, A. ALGOSTINO, *Note sulla titolarità della libertà personale e di circolazione e soggiorno dello straniero extracomunitario*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 23 ss..

<sup>61</sup> Cfr., in argomento, P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, in *Democrazia e diritto*, 1989/6: «può ormai apparire chiara tutta l'assurdità di una norma internazionale la quale intenda assicurare la libera circolazione transnazionale degli individui ponendo limiti solo al potere d'imperio dello stato di partenza e non anche a quello dello stato di destinazione: è chiaro che se nessuno stato straniero è disposto, per sua autonoma determinazione, ad accogliere l'individuo emigrante, il diritto personale di quest'ultimo resta vanificato» (p. 317); S. SENESE, *Diritto d'asilo e democrazia*, in *Questione giustizia*, 1995/4,



In un solo caso – il diritto di asilo – gli Stati riconoscono, generalmente, un vero e proprio diritto di ingresso nel proprio territorio (a livello costituzionale); in tale ipotesi le esigenze di tutela della persona umana nella titolarità e nell'esercizio dei suoi diritti inviolabili<sup>62</sup> prevalgono rispetto alla libera scelta

laddove definisce «paradossale» la situazione in cui «il diritto riconosciuto ad ogni essere umano è quello di superare la frontiera del proprio Stato ma non anche quello di posare il piede sul territorio di altri Stati» (p. 837); L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione*, cit.: il diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese, di emigrare è «un diritto universale, conferito a tutti gli esseri umani, ... che evidentemente comporta il diritto di immigrare in un paese diverso da quello di emigrazione, e perciò il dovere della comunità internazionale di garantirne in qualche forma l'esercizio» (p. 179); sulla questione sia consentito rinviare anche a A. ALGOSTINO, «*Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio*»: anche gli albanesi?, in *Politica del diritto*, 1998/1, spec. p. 29.

<sup>62</sup> O, quantomeno, la volontà di tutelare il diritto alla vita o all'incolumità fisica della persona. Le condizioni di riconoscimento del diritto di asilo, infatti, variano, da una garanzia molto ampia, come, ad esempio, quella riconosciuta nell'art. 10, c. 3, della Costituzione italiana («Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»; al di là della sua rarissima applicazione), ad una tutela legata alla presenza di una persecuzione, come è spesso previsto genericamente nei documenti internazionali («ogni individuo che è oggetto di persecuzioni ha il diritto di cercare e di ottenere asilo in altri paesi», art. 14, c. 1, Dichiarazione universale del 1948, ma cfr. anche, nel senso della centralità dell'elemento «persecuzione», la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951), ad una protezione condizionata ad una persecuzione dovuta all'attività in favore dei diritti (vedi il Preambolo della Costituzione francese del 1946, richiamato dalla Costituzione del 1958 e in rapporto di continuità rispetto alla Costituzione del 1793: «ogni uomo perseguitato per la sua azione in favore della libertà ha diritto d'asilo sul territorio della Repubblica»), ad una protezione che, oltre a richiedere la presenza di una persecuzione, viene esclusa in via presuntiva in alcune ipotesi (la Legge fondamentale tedesca, all'art. 16a riconosce il diritto di asilo ai «perseguitati politici», ma sancisce che tale norma «non è applicabile» nel caso di Stati terzi sicuri e non lo è, salvo prova contraria, nel caso di Paesi di provenienza sicuri).

dello Stato di decidere chi ammettere nel proprio territorio: una “vittoria” della persona umana sulla sovranità dello Stato? Forse sì, ma forse anche, contemporaneamente, un riconoscimento del fatto che in realtà i diritti non sono universali, ovvero non vengono – perlomeno sul piano dell’effettività – riconosciuti a ciascuna persona umana, ovunque si trovi.

Il riconoscimento in sé di un diritto di asilo è la constatazione della non universalità dei diritti umani, innanzitutto, perché, evidentemente, è previsto in relazione alla situazione nella quale i diritti non siano rispettati in altri (rispetto allo Stato che sancisce il diritto di asilo) luoghi e, dunque, non sono universali. Peraltro, occorre qui distinguere, al di là del fatto che in ambedue si integri la condizione in base alla quale un individuo può esigere l’applicazione del diritto di asilo, l’ipotesi nella quale i diritti non sono nemmeno formalmente riconosciuti, potenzialmente incidente sul concetto stesso di universalità dei diritti<sup>63</sup>, e l’ipotesi nella quale non sono “semplicemente” rispettati sul piano concreto, che agisce a livello di effettività dell’universalità.

In secondo luogo, la previsione del diritto di asilo in un Paese rivela sia il perdurante ruolo del criterio di appartenenza (cittadinanza) ad una comunità (Stato) come elemento significativo per (quantomeno) il godimento dei diritti universali<sup>64</sup> sia la forza della prerogativa statale di determinare i criteri di ammissione nei luoghi del proprio dominio (l’asilo costituisce una eccezione alla piena discrezionalità: l’eccezione che conferma la regola?).

Il mancato riconoscimento della libertà di circolazione transnazionale<sup>65</sup> è solo un esempio della forza della sovranità;

<sup>63</sup> Specie – si precisa – se al mancato riconoscimento dei diritti al livello *c*), corrisponde una mancanza dei loro valori di riferimento al livello *a*).

<sup>64</sup> Ovvero, è un indice della mancanza di una cittadinanza universale.

<sup>65</sup> Anche se ben si potrebbe immaginare di forzare, con una lettura in favore dei diritti (nonché razionale, in quanto atta ad evitare le incoerenze della libertà di circolazione nelle sole acque internazionali), la lettera della norma

un altro, recente, è rappresentato – come già accennato – dalla vicenda della Corte penale internazionale. L'istituzione di tale Corte, infatti, se, da un lato, può essere letta come un primo passo verso una tutela effettivamente universale dei diritti umani, a prescindere dai confini statali, dall'altro, con la mancata sottoscrizione della sua convenzione istitutiva da parte di numerosi Stati<sup>66</sup> e con il contenuto del suo Statuto<sup>67</sup>

sulla libertà di uscire dal proprio Paese riconnettendovi, in quanto implicazione necessaria, implicita, il riconoscimento del diritto di entrare in un altro Paese; in sostanza, cioè, si può reinterpretare il diritto in questione come un vero e proprio diritto «alla libera circolazione transnazionale» (in tal senso, P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, cit., p. 319; A. ALGOSTINO, *Note sulla tolleranza*, cit., spec. p. 32; in senso critico in riferimento a tale conclusione, vedi, recentemente, F. BELVISI, *Il diritto di immigrazione*, cit., p. 212, secondo il quale, in particolare, «il diritto internazionale non prevede, e non è in grado di affermare, alcun diritto soggettivo di immigrazione...»).

In generale, a favore delle «frontiere aperte», cfr., fra gli altri, J. H. CAARENS, *Aliens and Citizens. The Case for Open Borders*, in R. Beiner (edited by), *Theorizing Citizenship*, Albany, 1995, pp. 229 ss.; sul diritto di immigrazione (e, in specie, sulla selettività, legata a criteri economico-sociali, del rifiuto del suo riconoscimento universale), recentemente, cfr. J.C. MERLE, *Liberalismo e diritto d'immigrazione. Una contraddizione e un dilemma dell'attuale teoria liberale*, in *Ragion pratica*, 2002/18, pp. 291 ss.; ritiene principio per la creazione di «un modello diverso di società civile, nel contesto di una democrazia plurale e inclusiva, «la garanzia del diritto umano universale all'emigrazione, inteso in primo luogo come diritto alla libera circolazione, e che, per realizzarsi, deve comprendere anche il diritto a immigrare...», J. DE LUCAS, *Globalizzazione e immigrazione*, cit., p. 35.

<sup>66</sup> Si rinvia *supra* (parte II, cap. III, par. III.1.1), ad esempio, per la posizione, nettamente contraria alla ratifica, degli Stati Uniti; in generale, cfr. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione*, cit., il quale definisce le mancate ratifiche un dato «eloquente sul reale significato che le grandi potenze annettono al ruolo dei tribunali penali internazionali» (p. 323).

<sup>67</sup> Cfr., sul punto, M. CAVINO, *La tutela dei diritti umani tra sovranità buona e sovranità cattiva nello statuto della corte penale internazionale*, in Associazione italiana di diritto comparato (a cura di), AA. VV., *I diritti fondamentali*, cit., pp. 667 ss.: «l'analisi congiunta delle condizioni essenziali alla giurisdizione della Corte e della struttura delle fattispecie criminose induce a riconsidera-

denota la resistenza degli Stati a limitare la propria sovranità<sup>68</sup>.

A ciò è da aggiungere la considerazione che la parcellizzazione della terra in tante sovranità differenti non solo determina, quantomeno come rischio o una fra le ipotesi interpretative<sup>69</sup>, la possibile condizionalità dei diritti o dei loro strumenti di garanzia, alla volontà degli Stati, ma rende, di fatto, diseguale l'esercizio dei diritti della persona umana (in via di principio universali ed eguali): sarà in concreto il «codice politico dello Stato sovrano, e cioè... un codice funzionale fortemente differenziato che ha al proprio centro l'istanza particolaristica della sicurezza, non quella universalistica dell'eguaglianza degli uomini e della giustizia» a regolare «la prestazione delle garanzie

re l'idea di un affievolimento del valore della sovranità degli Stati a vantaggio della tutela dei diritti umani... In questa ideale contrapposizione la sovranità statale finisce per prevalere» (pp. 683-684).

Inoltre, i poteri attribuiti dallo Statuto della Corte al Consiglio di Sicurezza creano una differenziazione fra gli Stati, mostrando non solo un «cedimento» in generale alla logica della sovranità statale, ma anche un privilegio (una tutela rafforzata) particolare per *alcune* sovranità statali (vedi, in argomento, M. CAVINO, *La tutela*, cit., pp. 684-685, che distingue fra «sovranità buona» e «sovranità cattiva»).

In generale, avanza riserve sul ruolo del Tribunale Penale Internazionale, in ragione del «carattere “primitivo” dell'ordinamento giuridico internazionale (legalità a maglie larghe, dominio delle grandi potenze, primato del «fatto» sul «diritto» etc.)», A. BALDASSARRE, *Globalizzazione*, cit., p. 323 (l'Autore, comunque, sottolinea anche come tale Tribunale superi alcune delle obiezioni avanzabili nei confronti dei precedenti Tribunali penali internazionali *ad hoc*, quali quelle relative alla retroattività della legge penale o alla violazione del principio del giudice naturale).

<sup>68</sup> Ovvero, «il rischio di un uso «ideologico» dei diritti fondamentali» (G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti*, cit., p. 330).

<sup>69</sup> È possibile, infatti, all'opposto, considerare ormai i diritti come sganciati dal riconoscimento giuridico degli Stati, perché – ad esempio – anche senza scomodare concezioni fideistiche, di tipo etico o anche giusnaturalistico, li si considera facenti parte del diritto internazionale consuetudinario, dello *ius cogens*.

giuridiche e dei concreti vantaggi» e «ciò sottopone l'universalismo dei diritti sia a regole di esclusione che a regole di subordinazione»<sup>70</sup>.

Difficilmente, dunque, la sovranità accetta vincoli in nome dei diritti, se mai, al contrario, li limita e modella, sia in via di principio (a livello di proclamazione generale) sia in via di fatto (a livello di esercizio del singolo individuo), ossia li garantisce, sul piano giuridico astratto e su quello concreto dell'effettività, in relazione alle proprie esigenze<sup>71</sup>, sempre che non decida anche – come visto con l'ingerenza umanitaria – di utilizzarli per

<sup>70</sup> D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 19; il discorso di Zolo, in particolare, si riferisce alla cittadinanza, ai «diritti di cittadinanza come diritti naturali e universali di cui ogni uomo è titolare in quanto membro di una comunità politica».

<sup>71</sup> In senso diverso, recentemente, cfr. A. CATELANI, *Sovranità degli Stati e autodeterminazione dei popoli*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 55 ss., il quale argomenta in favore della compatibilità fra sovranità degli Stati e diritti umani, anzi, sulla miglior tutela degli stessi assicurata dai singoli Stati (e non, ipoteticamente, da un governo mondiale), ponendo l'accento sulla garanzia delle particolarità culturali dei popoli; in argomento, vedi anche H. RUIZ FABRI, *Diritti dell'uomo e sovranità dello Stato: le frontiere sono state sostanzialmente ridefinite?*, in *Ragion pratica*, 2004/22, pp. 49 ss. In proposito si può osservare come, in una ipotetica democrazia mondiale, i singoli Stati potranno anche costituire organismi intermedi in grado di assicurare, con la "vicinanza" e la contestualizzazione un miglior godimento dei diritti, ma finché permangono differenti sovranità (tendenzialmente "egocentriche"), facilmente esse, se pur magari limitate al loro interno nel senso dei diritti, continueranno ad affermare la loro assolutezza (*contro* i diritti, se non delle "loro", delle "altre" persone umane) a livello internazionale; se pur tutte le sovranità cedessero, sul versante interno, la supremazia ai diritti e si ponessero al loro servizio, pare comunque molto difficile immaginare che esse cedano la loro potenziale aggressività nei confronti dei diritti sul versante esterno (esse, più facilmente, garantiscono magari anche "magnificamente" i diritti dei cittadini, ma non i diritti della persona umana; l'ambiguità di Tocqueville nel sostenere la democrazia all'interno e il colonialismo all'esterno pare ancora lungi dall'essere superata).

i propri scopi. La sovranità, cioè, non solo considera i diritti come prodotto di una auto-limitazione e, nei casi di conflitto, si impone, in diritto e in fatto, ma “usa” anche a proprio vantaggio, distorcendone la *ratio*, i diritti.

Diritti e sovranità, in conclusione, rappresentano due orizzonti che, se assolutizzati, tendono a negarsi a vicenda<sup>72</sup>. Se si “prendono sul serio” i diritti della persona umana, garantendoli a chiunque, ovunque si trovi, presupponendo una libertà di circolazione e soggiorno transnazionale, si entra nell’orizzonte della residenza cosmopolitica<sup>73</sup>, in un mondo senza confini, nel quale lo Stato, se non muore, vive in una condizione vegetativa, privato di organi essenziali, quali i *suoi* cittadini e il controllo del *suo* territorio. Se, invece, si lascia libero dispiegarsi alla sovranità, con la sua gelosa difesa del proprio territorio, dello *status* particolare dei propri membri, delle proprie ragioni (tendenzialmente egemoniche), se, in altre parole, non si limita lo Stato-fortezza e/o lo Stato-potenza, i diritti dell’uomo non saranno che i diritti del cittadino o di colui che lo Stato *voglia* assimilare al cittadino e facilmente saranno utilizzati come strumento di controllo e imposizione nel rapporto con gli altri Stati (quale ideologia dell’“impero”).

Nello scontro fra la soggettività internazionale della persona umana e la soggettività internazionale degli Stati, poco incline a tollerare qualsivoglia limitazione, l’universalità, intrinseca al ri-

<sup>72</sup> In proposito, ci si permette di rinviare anche a A. ALGOSTINO, *Si alzano le mura della fortezza*, in *Nuvole*, 2002/22, p. 44, nonché A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, p. 623.

<sup>73</sup> Si preferisce utilizzare l’espressione “residenza cosmopolitica” e non “cittadinanza cosmopolitica”, in quanto il concetto di cittadinanza sembra aver ormai assunto un valore “reazionario”, divenendo uno strumento di esclusione dai diritti, perdendo il suo potenziale “rivoluzionario”, legato all’inclusione, alla lotta per i diritti (come era ai tempi della Rivoluzione francese o, ancora recentemente, nel secondo dopoguerra, con l’estensione della cittadinanza ai diritti sociali); sul significato escludente della cittadinanza, cfr., a breve, *infra*.

conoscimento di una soggettività internazionale della persona umana, lascia il posto alla diseguaglianza delle cittadinanze.

Lo Stato (la sovranità nazionale) contrappone, nella titolarità e nel godimento dei diritti, all'astrattezza universalizzante della persona umana la concretezza particolarizzante e diversificante della cittadinanza: qual è oggi il ruolo della cittadinanza? In che modo la determinazione (discrezionale) da parte dello Stato di uno dei suoi elementi costitutivi influenza il riconoscimento e il godimento dei diritti?

### III.2.2. *In breve: globalizzazione, sovranità e universalità*

Prima di passare alle ambiguità della cittadinanza, è necessario quantomeno accennare alla possibile influenza che la globalizzazione<sup>74</sup>, ovvero quel fenomeno che da più parti è citato come elemento in grado di scardinare lo Stato nazionale e revocare in dubbio la sua esistenza, può esercitare nei confronti della sovranità e dell'universalità dei diritti. È possibile, in particolare, che essa determini una restrizione nel campo di intervento della sovranità nazionale e, contemporaneamente, apra spazi per l'affermazione dell'universalità dei diritti, che cioè si vada modificando a vantaggio dei diritti lo scontro fra soggetti-

<sup>74</sup> "Globalizzazione" è ormai un termine molto utilizzato (quando non abusato), ma la sua definizione e concettualizzazione è alquanto sfuggente; nella vasta letteratura sul tema, cfr., tra gli altri, U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999; A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, il Mulino, Bologna, 2000; D. HELD, A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, il Mulino, Bologna, 2001; L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, Ed. 2003; S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, Il Saggiatore, Milano, 2002; J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2003; nonché, da ultimo, M. ZUPI (a cura di), *Sottosopra. La globalizzazione vista dal Sud del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2004; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004 (al quale si rinvia anche per le ricche e ragionate indicazioni bibliografiche).

vità della persona umana e soggettività degli Stati? Che le ambiguità della sovranità siano un ricordo del passato o, quanto meno, siano prossime ad essere superate? Che “globalizzazione” significhi affermazione dell’universalismo dei diritti *versus* sovranità e creazione di quel «costituzionalismo internazionale» o «sfera pubblica mondiale» cui prima si è fatto cenno?

Non si pretende, certo, di entrare nella “casa” della globalizzazione, di studiarne l’arredamento (il contenuto, la struttura) o il suo impatto ambientale (le sue conseguenze), ma solo aprire per un attimo la porta. Ciò che subito si vede è una globalizzazione – utilizzando le accezioni evidenziate da Marco Revelli<sup>75</sup> – «spaziale», o, della «percezione sociale» dello spazio (lo «spazio socialmente percepito come significativo per la nostra esistenza quotidiana» coincide «con la superficie dell’intero pianeta»)<sup>76</sup>, culturale (di omologazione e uniformazione delle culture, in particolare rispetto ad un modello occidentale-liberista)<sup>77</sup>, e, soprattutto, economica (nei tre diversi tipi di commerciale, produttiva e finanziaria).

Tale globalizzazione e, in particolare, la globalizzazione finanziaria annovera tra le sue conseguenze politiche «la crisi del potere di regolazione degli stati nazionali»: «oggi nessuna autorità monetaria o economica nazionale è in grado di decidere autonomamente la propria politica», «nessuna comunità politica su base nazionale è in grado di assumere decisioni “sovrane”»<sup>78</sup>; quando lo stato perde il potere di governare l’econo-

<sup>75</sup> M. REVELLI, *La globalizzazione. Definizioni e conseguenze*, in *Teoria politica*, 2002/3, p. 49.

<sup>76</sup> M. REVELLI, *La globalizzazione*, cit., p. 46: ma questa percezione – verrebbe da chiedersi – è globale, o – meglio – universale, cioè diffusa fra tutte le persone umane, o solo propria di una parte dell’umanità (quella che appartiene al mondo occidentale, inteso non tanto in senso spaziale, quanto culturale ed economico)?

<sup>77</sup> In argomento, cfr. S. LATOUCHE, *L’occidentalizzazione*, cit..

<sup>78</sup> M. REVELLI, *La globalizzazione*, cit., pp. 54-55. Il declino dello Stato nazionale a fronte del fenomeno «globalizzazione» è un tema assai dibattuto; fra



mia, «anche la sua sovranità politica risulterà fortemente smi-  
nuita»<sup>79</sup>.

Lo Stato nazionale, dunque, perde (parte della) propria so-  
vrànità, che gli è sottratta dal "potere economico-finanzia-  
rio"<sup>80</sup>, il quale attua, d'accordo con le forze politiche apparte-  
nenti alla destra neo-liberista, «un programma aggressivamen-  
te «monetarista»... fondato sul dogma della capacità di autore-  
golazione ottimale del mercato» e che non solo non attenua le  
diseguaglianze sociali, ma le evidenzia<sup>81</sup>.

Il mondo, grazie alla globalizzazione economica (neo-libe-  
rista), non è più eguale, ma più diseguale, sempre meno univer-  
sale e sempre più frammentato: tante isole (anche se intercon-  
nesse informaticamente), alcune fortificate a tutela dei propri  
privilegi; le logiche di questa globalizzazione comportano un  
attacco frontale ai diritti sociali, ai diritti legati al mondo del la-  
voro, ed anche un attacco, più strisciante, nei confronti dei di-

i molti, oltre gli Autori già citati, vedi K. OHMAE, *La fine dello Stato-nazione. L'emergere delle economie regionali*, Baldini&Castoldi, Milano, 1996; S. STRAN-  
GE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*,  
Cambridge, 1996, trad. it. *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e  
dispersione del potere*, il Mulino, Bologna, 1998; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*,  
Laterza, Roma-Bari, 2002.

<sup>79</sup> L. GALLINO, *Globalizzazione*, cit., p. 33.

<sup>80</sup> «La Terra vive... una nuova era di conquiste, come all'epoca della  
colonizzazione. Ma se i principali attori del precedente periodo di espan-  
sione erano gli Stati, oggi sono le società private e le multinazionali, i grup-  
pi industriali e finanziari a voler dominare il mondo» (I. RAMONET, *Il mon-  
do che non vogliamo. Guerre e mercati nell'era globale*, Mondadori, Milano,  
2003, p. 4).

<sup>81</sup> M. REVELLI, *La globalizzazione*, cit., p. 60; si riferiscono all'«ineguale di-  
stribuzione dei benefici della globalizzazione», anche D. HELD, A. MCGREW,  
*Globalismo*, cit., p. 16; articolati gli effetti della globalizzazione paiono per A.  
GIDDENS, *Il mondo*, cit., il quale la considera «un complesso insieme di proces-  
si, ... un insieme che opera in maniera contraddittoria e conflittuale» (p. 25),  
non «imparziale» e nemmeno «benigna» nelle sue conseguenze, ma non ridu-  
cibile (solo) ad una occidentalizzazione.

ritti di libertà<sup>82</sup>; la guerra globale<sup>83</sup> o le varie versioni della guerra umanitaria (con le conseguenti violazioni e strumentalizzazioni dei diritti) corrispondono alle sue necessità (molto più che non istituzioni democratiche internazionali).

La globalizzazione, o – meglio – *questa* globalizzazione (economica, ma anche questo modello politico di globalizzazione), dunque, non pare aiutare i diritti contro la sovranità, ma ne rappresenta, invece, un altro (potente) nemico. Osserva Michelangelo Bovero, la globalizzazione «*economica*» e quella «*informatico-telematica*» «riflette processi reali»<sup>84</sup>, mentre la globalizzazione «*giuridica*» (nel senso dell'universalismo dei diritti) e «*politica*» (nel senso dell'espansione mondiale della democrazia), riflette «ideali normativi», «og-

<sup>82</sup> Evidente, quest'ultimo, se solo si considerano le varie normative "antiterrorismo" adottate in molti Paesi dopo l'11 settembre 2001 (per un primo riferimento, cfr. V. MONETTI, *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*, in *Quest. giust.*, 2002/1, pp. 51 ss.; G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, relazione al Convegno annuale AIC, Milano, 17-18 ottobre 2003; S. LABRIOLA, *L'emergenza per la lotta al terrorismo internazionale e i diritti fondamentali della persona (prime osservazioni)*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 279 ss.; nonché, *ivi*, C. MURGIA, *Meno libertà più sicurezza?*, pp. 297 ss.).

<sup>83</sup> Sulla guerra globale, o, meglio, sulle forme della guerra nell'età della globalizzazione, cfr., fra gli altri, M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, Carocci, Roma, 1999; A. Cantaro (a cura di), AA.VV., *Guerra e conflitti*, *Dem. dir.*, 2001/2 (spec. l'intervento di I. D. MORTELLARO, *Guerre da globalizzazione*, pp. 27 ss.); C. GALLI, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002; E. GREBLO, *Guerra senza frontiere. Il terrorismo globale*, in *Filosof. pol.*, 2002/3, pp. 411 ss.; nonché, da ultimo, C. SERFATI, *Globalizzazione e militarismo*, in *Dem. e dir.*, 2003/4, pp. 76 ss., il quale, in conclusione, rileva come la globalizzazione fornisca «ampi spazi per incrementare le guerre e la militarizzazione del pianeta» (p. 89).

<sup>84</sup> Insieme alla globalizzazione «*psicologica*» («la paura senza frontiere») e a quella «*militare*» («la guerra senza limiti»): così M. BOVERO, *Sette globalizzazioni?*, in *Teoria politica*, 2002/3, p. 69.

gi messi in crisi (anche) dagli effetti di quei medesimi processi reali»<sup>85</sup>.

La globalizzazione neo-liberista odierna non allenta le morse della sovranità sui diritti, che vengono, invece, ancora più stretti dalle tenaglie dei profitti economici elevati a legge (di fatto) mondiale; ciò non significa – come già detto – che non sia possibile un *altro* mondo, un'altra globalizzazione, ma occorre essere consci del fatto che *questa* globalizzazione non aiuta la sua costruzione, anzi la ostacola. Dal mondo globale che per ora sembra affermarsi i diritti universali ben difficilmente riceveranno protezione, più facilmente saranno "diritti nazionali" in balia dello Stato e delle forze interessate a mantenere una globalizzazione dei profitti e dei privilegi.

### III.3. *I particolarismi delle cittadinanze e i privilegi della cittadinanza*

I diritti universali, dunque – si è detto – passando dalla proclamazione universale all'esercizio concreto, rischiano di divenire "nazionali"; la residenza in un territorio piuttosto che in un altro, cioè, non è indifferente per la possibilità di esercizio dei diritti<sup>86</sup>: essi scontano la persistenza delle sovranità nazionali e dei loro confini diversificanti (quando non escludenti) e la man-

<sup>85</sup> M. BOVERO, *Sette globalizzazioni?*, cit., p. 69; l'Autore conclude osservando che esiste anche un'altra globalizzazione, quella «della sinistra, che per curioso paradosso è rappresentata dal movimento comunemente designato *no-global*» (o, *new global*), che è «unico *signum prognosticum*», in uno «scenario da incubo», «per continuare a voler credere, e ci vuole davvero molta forza di volontà, che un altro mondo è possibile» (*ibidem*).

<sup>86</sup> È, in altre parole, la presenza in un determinato luogo a rendere possibile l'esercizio, o un certo tipo di esercizio, dei diritti, con l'eccezione degli *status* di asilo e di rifugio (in tali ipotesi, infatti, è dall'[im]possibilità di esercizio dei diritti che discende la presenza in un territorio specifico).

canza di una tutela universale<sup>87</sup> (che sarebbe, invece, – come appena visto – ancor più necessaria in un mondo globalizzato).

La considerazione che una persona umana risieda in Francia piuttosto che in Tanzania influisce sul godimento dei suoi diritti in astratto identici. Ma non è solo, di fatto, la contestualizzazione storica e spaziale di un individuo ad incidere sui suoi diritti: i diritti sono “nazionali” anche e soprattutto in quanto il loro esercizio e, in alcuni casi, la loro titolarità, non dipende dal dato fattuale della residenza, ma dalla cittadinanza<sup>88</sup>, che elimina anche l’aspetto potenzialmente neutro e “libero” della residenza<sup>89</sup>. Lo *status* di cittadinanza e il suo ri-

<sup>87</sup> M. BOVERO, *Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e cittadinanza*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 253-255, sottolinea l’esistenza di «un clamoroso errore di prospettiva»: l’«errore di chi guarda all’individuo soggetto di diritti... dal punto di vista delle istituzioni che, a partire dalle grandi rivoluzioni moderne, hanno riconosciuto diritti (fondamentali) all’individuo, e proietta la (asserita) particolarità di queste istituzioni... sul soggetto di diritti, facendolo apparire... come un soggetto che ha diritti in quanto vincolato ad una appartenenza specifica, in quanto è un “cittadino” di quella particolare comunità politica che gli ha conferito i diritti», mentre, non solo lo stato nazionale deve «conferire e assicurare certi diritti fondamentali... a tutte le persone in quanto tali», ma occorre ragionare in termini di tutela sovrastatale: «i diritti fondamentali potranno essere (meglio) assicurati, e diventare effettivi, nei limiti dell’imperfezione delle cose umane, se e quando saranno considerati tutti semplicemente diritti della persona», anche «contro la “sua” cittadinanza».

<sup>88</sup> Sulla considerazione che i diritti dell’uomo, concretamente, si trasformano in diritti del cittadino, cfr. N. BOBBIO, *Presente e avvenire*, cit., p. 23; L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., p. 36; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti*, cit., p. 452; S. SENESE, *La protezione*, cit., p. 770 (alcuni passi degli Autori citati sono riportati *ante*, parte I. cap. I, par. I.3, in nota).

<sup>89</sup> Riprendendo l’esempio citato prima nel testo: l’esercizio dei diritti, quando non la loro titolarità, varia a seconda che il loro titolare (o aspirante tale) sia residente in Francia quale cittadino francese, oppure quale straniero proveniente dalla Tanzania (con ulteriori differenze legate al possesso o meno da parte di quest’ultimo della autorizzazione ad entrare e risiedere in Francia eventualmente concessagli dallo Stato francese stesso).

svolto negativo<sup>90</sup> – quello di non cittadinanza – fanno sì che l'esercizio dei diritti sia determinato non solo dalla residenza in un territorio ma anche dall'appartenenza a quel territorio; i confini non delimitano solo il territorio entro il quale una persona umana può ottenere quel certo godimento dei diritti, ma escludono alcune persone umane dal diritto ad esercitare in quel modo i diritti<sup>91</sup>.

Il concreto esercizio dei diritti, in altre parole, dipende dalla residenza (perché manca una effettiva universalità nella tutela dei diritti e, dunque, entra in gioco la diversa tutela dei singoli Stati) e ciò mina l'universalità, ma essa è fortemente revocata in dubbio anche dalla considerazione che la residenza non è oggetto di una libera scelta della persona umana, non vi è un diritto universale di risiedere in qualsivoglia territorio, ma vi sono dei criteri, fissati discrezionalmente dai vari Stati, che condizionano l'ingresso e la residenza in un territorio: le norme sulla cittadinanza e quelle sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri.

La cittadinanza quale criterio di appartenenza permanente ad uno Stato e il permesso di soggiorno quale titolo di residenza autorizzata nel territorio di uno Stato incidono sia sulla titolarità che sul godimento dei diritti. Non per tutti i diritti universali la presenza sul territorio è condizione (oltre che per lo più, di fatto, necessaria) *sufficiente* per poterne godere: vi sono diritti della persona umana dei quali si può godere solo se membri della comunità che controlla il territorio (cittadini)<sup>92</sup>,

<sup>90</sup> Tale negatività, ovviamente, deve essere intesa come opposizione letterale, senza alcuna valenza qualitativa e valoriale (senza alcuna implicita attribuzione di valore al possesso della cittadinanza, senza cioè incorrere in facili suggestioni a considerare il cittadino *più* persona umana del non cittadino).

<sup>91</sup> Le "semplici" persone umane avranno al più una mera possibilità, indipendente dalla loro volontà, di esercitare in quel modo i diritti.

<sup>92</sup> La cittadinanza, in tal senso, diviene uno strumento di esclusione; in dottrina, sulla cittadinanza intesa come concetto di esclusione e chiusura, vedi, fra gli altri, J. LECA, *Nazionalità e cittadinanza nell'Europa delle immigrazioni*, in

quali i diritti politici, e diritti il cui esercizio è subordinato al rilascio di un'autorizzazione all'ingresso nel territorio dello Stato, quale la libertà di circolazione e soggiorno all'interno dello

AA.VV., *Italia, Europa e nuove immigrazioni*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1990, pp. 201 ss.: «... nazionalità e cittadinanza sono concetti di “chiusura sociale” che determinano i limiti (o l'esclusione) alla partecipazione di alcuni esterni ad alcune interazioni sociali...» e sono «chiusure legittimate da arbitrarietà culturali considerate evidenti, o giustificate da sistemi di idee e di dottrine» (pp. 201-202); L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO, *La cittadinanza*, cit., pp. 263 ss. (e, da ultimo, similmente, in ID., *Libertà di circolazione*, cit., p. 180): «la cittadinanza non è più, come all'origine dello Stato moderno, un fattore di inclusione e di uguaglianza. Oggi, al contrario dobbiamo ammettere che la cittadinanza dei nostri ricchi paesi rappresenta l'ultimo privilegio di status, l'ultimo fattore di esclusione e di discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali» (sanciti sia dalle Costituzioni statali che da Dichiarazioni e Patti internazionali) [p. 288], e ID., *Diritti fondamentali*, cit.: «la categoria della cittadinanza rischia di prestarsi a fondare, ben più che una teoria della democrazia basata sull'espansione dei diritti, un'idea regressiva e nei lunghi tempi illusoria della democrazia in un paese solo, o meglio nei nostri ricchi paesi dell'Occidente, a prezzo della non-democrazia nel resto del mondo» (p. 19); G. PALOMBARINI, *I diritti e l'Europa*, in *criticaMarxista*, 1998/6: il concetto di cittadinanza, «che fino a oggi è stato un meccanismo di inglobamento, di inclusione, in un'ottica di liberazione e di promozione del godimento dei diritti», oggi «rischia di diventare un meccanismo politico-giuridico di chiusura, di esclusione, in un'ottica di difesa egoistica di condizioni di privilegio» (pp. 65-66); R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità*, cit.: «in termini generali, la cittadinanza è un formidabile strumento di chiusura sociale» (p. 10, ma cfr. anche pp. 45 ss.); D. ZOLO, *La strategia*, cit.: «in senso formale la cittadinanza ha significato nient'altro che la distinzione del “cittadino” dallo “straniero”» (p. 3), «a godere dei diritti di cittadinanza sono dunque soltanto i membri della comunità nazionale a esclusione di tutti gli altri» (p. 19); E. BALIBAR, che critica, in generale, la «concezione fissista e, per farla breve, borghese della cittadinanza, nella quale, nel momento in cui sono cambiate le condizioni storiche, il diritto ridiventa tendenzialmente un privilegio e la libertà uno statuto» (*Le frontiere della democrazia*, cit., p. 12), e, in particolare, evidenzia come la cittadinanza europea amplifichi «le esclusioni “nazionali”», creando un vero e proprio *apartheid* (*Una cittadinanza “impossibile”?*, in *La rivista del manifesto*, dicembre 2000, pp. 50-51).

Stato stesso<sup>93</sup>, e diritti il cui godimento è differentemente graduato a seconda del titolo di presenza sul territorio (mera residenza di fatto, residenza autorizzata, appartenenza), quali i diritti sociali.

Sia la cittadinanza che il soggiorno regolare dipendono dallo Stato: si tratta però di due *status* differenti, tendenzialmente stabile il primo e, se pur indirettamente, ricollegabile ad un atto di volontà dei cittadini stessi, temporaneo e del tutto eterodipendente, il secondo.

I criteri di acquisto e perdita della cittadinanza, infatti, sono stabiliti in un certo qual modo dai cittadini stessi, sono oggetto di una decisione autonoma, ovvero sono previsti generalmente dalla legge, cioè da un atto posto in essere dai rappresentanti dei cittadini, anche se, indubbiamente, la volontà dei singoli è mediata dal principio di rappresentanza e limitata nella sua espressione dal principio di maggioranza<sup>94</sup>. Le modalità, invece, di ammissione, soggiorno ed espulsione dei non cittadini non sono in nessuna misura nella disposizione di questi ultimi, ma appartenenti alla discrezionalità di uno Stato del quale essi non sono in alcun modo parte e nei cui confronti non possono vantare alcuna pretesa<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Con la precisazione, peraltro, che, in questo caso, spesso, sono considerate legittime nel godimento del diritto, per coloro che sono autorizzati (leggi: presenti in condizione regolare), restrizioni maggiori che per i cittadini.

<sup>94</sup> Gli effetti del principio di maggioranza – è evidente – potenzialmente segneranno una maggior distanza rispetto alla volontà del singolo cittadino laddove il principio stesso riguardi non solo la decisione, ma anche il meccanismo di nomina dei rappresentanti (esempio: elezioni parlamentari con sistema elettorale maggioritario); la maggioranza potrebbe anche decidere di escludere dalla cittadinanza categorie (minoranze) prima incluse: è difficilmente configurabile un diritto fondamentale ad *una* (particolare) cittadinanza.

<sup>95</sup> Ciò – si è visto – con l'eccezione del richiedente asilo o rifugio e, ovviamente, *rebus sic stantibus*, con l'odierna concezione della sovranità nazionale (ben diversamente si potrebbe ragionare se si adottasse, allo stato puro, la prospettiva dei diritti).

Solo il cittadino ha un diritto ai diritti come sono tutelati nello Stato del quale è cittadino, mentre lo straniero in quello Stato ha dei diritti “temporanei e *sub condicione*”, i suoi diritti (indisponibili) dipendono dal beneplacito – discrezionale – dello Stato e fintantoché esso sussiste. A tal proposito taluno (Rescigno) rileva come l’elemento irriducibile che differenzia il cittadino rispetto al non-cittadino consista nel diritto di risiedere: il non-cittadino potrebbe «godere di tutti i diritti della cittadinanza-partecipazione (quelli civili, quelli politici, quelli sociali), se leggi benevole dello Stato [n.d.r.: o direttamente la Costituzione] di accoglienza hanno deciso così..., ma questo godimento sarebbe del tutto precario ed eventuale, sia perché il non-cittadino può essere fermato alla frontiera, sia perché, anche se entrato nel territorio dello Stato, può esserne cacciato»<sup>96</sup>.

La cittadinanza, dunque, costituisce un fondamentale discrimine<sup>97</sup>, in quanto solo l’appartenenza ad una comunità

<sup>96</sup> G. U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 42; cfr. anche ID., *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000: «il problema principale e più drammatico... non è quello del godimento dei diritti dei cittadini una volta entrati, ma proprio quello di entrare e rimanere nel territorio di uno Stato» (p. 765).

<sup>97</sup> In proposito si è anche posta la questione relativa ad una possibile inclusione della cittadinanza fra le «ragioni» che non possono dar luogo a differenziazioni nei diritti: si può inferire un divieto di discriminazione in base alla cittadinanza a partire dalle c.d. clausole di non discriminazione, come quelle contenute nella Dichiarazione universale del 1948 o nei Patti internazionali del 1966? (cfr., in particolare, l’art. 2, c. 1, della Dichiarazione universale: «ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione»; o l’analoga formulazione dell’art. 2, c. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, o dell’art. 2, c. 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali). Le discussioni hanno riguardato soprattutto, da un lato, il significato del riferimento all’«origine nazionale», anche se fin dall’inizio prevalse l’opinione che essa dovesse intendersi in senso sociologico e che «non la si poteva quindi



stanziata su un determinato territorio garantisce il diritto di risiedere in quel territorio e di godervi dei diritti così come vi sono garantiti<sup>98</sup> (e, ancora una volta, si può osservare come solo la presenza di una tutela universale dei diritti o, parimenti, l'affermazione di un concetto di cittadinanza cosmopolita, sarebbero in grado di rendere irrilevante l'appartenenza particolaristica e consentirebbero di evitare le disuguaglianze delle cittadinanze, garantendo una effettiva universalità).

Si è in presenza di un circolo vizioso: solo il cittadino ha diritto ad una particolare dote di diritti (fra i quali, quello di soggiorno) e lo stato di cittadino (condizione necessaria per alcuni diritti e/o un certo loro grado di tutela) è strettamente connesso alla considerazione che il cittadino – come ha avuto occasione di precisare la Corte costituzionale italiana – «ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile»<sup>99</sup> (a differenza dello straniero, che non possiede alcun «legame ontologico con la comunità nazionale»<sup>100</sup>, per cui, ragionevolmente, lo Stato ospitante può «revocare in ogni momento il permesso di sog-

interpretare come un divieto di distinzioni basate sull'appartenenza nazionale» (F. CAPOTORTI, *Incidenza*, cit., p. 452), dall'altro, il rinvio ad «altra condizione», che rende l'elenco delle cause di discriminazione non tassativo, ma suscettibile di ampliamenti, in ipotesi anche nei confronti della cittadinanza (per un primo approfondimento del tema si rinvia a U. VILLANI, *I diritti degli stranieri*, cit., pp. 108-111).

<sup>98</sup> Vedi, in tal senso, G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, pp. 3 ss.: «i diritti umani si esercitano necessariamente in quanto cittadini, e la cittadinanza è pertanto una forma di riconoscimento dei diritti umani. Il collegamento della forza dello Stato con la potenzialità delle persone, nell'ambito della Costituzione, ci porta a ritenere che l'essere cittadini di uno Stato aumenti la potenzialità dei diritti e ne renda agibile l'esercizio» (pp. 11-12); G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti*, cit.: «al momento, la cittadinanza rimane la chiave di volta del sistema delle garanzie...» (p. 452).

<sup>99</sup> Corte cost., sent. n. 244 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2363.

<sup>100</sup> Corte cost., sent. n. 62 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 360; lo straniero può entrare e soggiornare nello Stato «solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato» (Corte cost., sent. n. 244 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2363).

giorno o limitare la circolazione»)<sup>101</sup>. La “stabilità nel territorio” è condizione per il riconoscimento ad una persona umana di maggiori garanzie e, nello stesso tempo, dipende da se stessa: una stabilizzazione dello *status quo*?<sup>102</sup>, una istituzionalizzazione di una “vecchia” inclusione e di un meccanismo di esclusione *pro futuro*? un modo, in altre parole, per circoscrivere una situazione di privilegio?<sup>103</sup>

La condizione di cittadino, dunque, tornando al discorso principale, costituisce presupposto necessario, in generale, per godere permanentemente dei diritti come tutelati nello Stato del quale si possiede la cittadinanza, ma anche – come si accennava –, più specificamente, in alcuni casi, presupposto indispensabile per il riconoscimento in capo ad una persona umana di uno specifico diritto<sup>104</sup>, come è nell’ipotesi emblematica

<sup>101</sup> Corte cost., sent. n. 244 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2363.

<sup>102</sup> Una amplificazione del significato escludente della cittadinanza (della cittadinanza odierna)?

<sup>103</sup> Un ampliamento della sfera dei “privilegiati”, infatti, potrebbe ovviamente determinare una diminuzione (quantitativa e qualitativa) del privilegio stesso (esempio: minori risorse per prestazioni sanitarie, dato l’aumento dei fruitori delle stesse).

<sup>104</sup> In alcuni casi può costituire presupposto per il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva la condizione di non-cittadinanza: vi sono alcuni diritti propri degli stranieri, quali il diritto di asilo (cfr. l’art. 14 della Dichiarazione universale del 1948), il divieto di espulsione collettiva (cfr., ad esempio, l’art. 4 del Protocollo n. 4 del 1963 alla Convenzione europea) o la previsione di una serie di garanzie (cfr. l’art. 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) e/o di divieti (cfr. l’art. 22, par. 8, della Convenzione americana sui diritti dell’uomo del 1969) in caso di espulsione; peraltro, in tali ipotesi, si tratta di diritti che non garantiscono lo straniero *più* del cittadino, ma in un certo qual modo fissano delle garanzie a fronte di una sua generale “debolezza” (nel caso dell’asilo, si versa in una situazione in cui i diritti sono violati o non tutelati; nel caso delle espulsioni, si ricorda che, comunque, non è sancito il diritto del non cittadino di entrare e soggiornare nello Stato, ma solo quello del cittadino di ritornare nel proprio Paese).

Per un esame completo dell’incidenza della condizione di cittadino o straniero nel riconoscimento e nel godimento dei diritti dell’uomo, si rinvia ai già citati, F. CAPOTORTI, *Incidenza*; U. VILLANI, *I diritti degli stranieri*.

dei diritti politici, tradizionalmente attribuiti all'uomo, ma in quanto cittadino<sup>105</sup>. I documenti internazionali sui diritti dell'uomo<sup>106</sup>, infatti, generalmente, o riconoscono direttamente i diritti di partecipazione al governo in capo al cittadino o li attribuiscono ad "ogni individuo", ma riferendosi al governo del "proprio paese", sottintendendo con quest'ultima espressione, tradizionalmente, "stato di cui si è cittadini"<sup>107</sup>.

La diseguaglianza e il valore escludente impliciti nelle cittadinanze sono rafforzati dal legame commutativo fra diritti politici e cittadinanza (gode dei diritti politici chi è cittadino e l'esercizio dei diritti politici contraddistingue lo *status* del cittadino); la partecipazione politica allo Stato, ovvero, anche alla possibilità di determinare i criteri di residenza nello Stato stesso, dipendono dall'appartenenza (originaria, ossia concessa o conquistata da tempo, oppure temporaneamente au-

<sup>105</sup> In argomento, sul legame fra diritti politici e cittadinanza, nonché per una argomentazione del suo superamento, in particolare relativamente all'ordinamento italiano, sia consentito rinviare – anche per indicazioni bibliografiche – ad una monografia di prossima pubblicazione (A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*).

<sup>106</sup> Vedi, fra gli altri, l'art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti. Ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese»; l'art. 25 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: «ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'art. 2 e senza restrizioni irragionevoli: *a*) di partecipare alla direzione degli affari pubblici...; *b*) di votare e di essere eletto...; *c*) di accedere, in condizioni generali di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio paese».

<sup>107</sup> In tal senso senza dubbi si pronuncia la dottrina maggioritaria (tra gli altri, cfr. U. VILLANI, *I diritti degli stranieri*, cit., pp. 115-116; F. CAPOTORTI, *Indigenza*, cit., pp. 451 ss.), anche se forse la locuzione potrebbe prestarsi ad interpretazioni più ampie, tali da comprendere un'appartenenza ad un Paese intesa come svolgimento in concreto della propria vita nello stesso, al di là del possesso di titoli formali o di appartenenze etniche-culturali.

torizzata<sup>108</sup>), quasi ad assicurare il perdurare di *quella* situazione di privilegio o, comunque, disuguaglianza (ritorna il circolo vizioso).

La statuizione della cittadinanza quale condizione per la titolarità dei diritti politici viene considerata alla stregua di un dato “naturale”, logica e, molto spesso, intoccabile, ma è innegabile la contraddizione fra la proclamazione di un diritto in capo alla persona umana e il suo riconoscimento solo alla “persona umana cittadino”. I diritti politici, come diritti che concretizzano la partecipazione di ciascuna persona umana al governo del proprio paese, per essere universali, dovrebbero essere riconosciuti a tutte le persone umane che in un paese vivono (ovvero risiedono stabilmente). Questa soluzione, fra l’altro, oltre a superare le ambiguità di una proclamazione universale *sub condizione*, sarebbe coerente con la sanzione della democrazia quale forma di Stato e principio fondamentale della costituzione di molti Paesi: la democrazia non richiede forse, quale contenuto minimo, l’identità fra governanti e governati?<sup>109</sup> La mancata partecipazione al governo dei governati non cittadini lede le esigenze dell’universalità dei diritti e quelle dell’effettività della democrazia<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Nel caso di una “semplice” presenza autorizzata, peraltro, è difficile che sia riconosciuto il diritto di voto alle elezioni del parlamento (nazionale), con la conseguente esclusione da qualsivoglia possibilità di influire sui criteri di determinazione della cittadinanza (generalmente appannaggio della legislazione statale in uno stato regionale o dell’ente federale in uno stato federale: cfr., ad esempio, Costituzione italiana, art. 117, c. 2, lett. i), che riserva la «cittadinanza» alla legislazione esclusiva dello Stato, o Legge fondamentale tedesca, art. 73, laddove tra gli oggetti della legislazione esclusiva della Federazione annovera «la cittadinanza federale»).

<sup>109</sup> Per tutti si ricorda M. WALZER (*Sfere di giustizia*, cit., p. 69), il quale propone di riconoscere il diritto di partecipare ai «processi di autodeterminazione attraverso i quali uno stato democratico organizza la propria vita interna» a «tutti gli uomini e a tutte le donne che vivono sul suo territorio, lavorano nell’economia locale e sono soggetti alla legge locale».

<sup>110</sup> Per un approfondimento, sia permesso rinviare a A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, di prossima pubblicazione.

Anche la libertà di circolazione e soggiorno all'interno di uno Stato è attribuita ad «ogni individuo» «entro i confini di ogni Stato»<sup>111</sup>, ovverosia riconosciuta al solo cittadino all'interno del «suo» Stato e, tutt'al più, agli stranieri presenti nel territorio dello Stato se regolarmente ammessi dallo Stato stesso: diritto, dunque, subordinato ai criteri di appartenenza, permanente (cittadinanza) o temporanea (permesso di soggiorno del non-cittadino), stabiliti dallo Stato<sup>112</sup>.

In altre ipotesi, la cittadinanza costituisce la base per introdurre *status* differenti nel godimento dei diritti, come avviene, secondo quanto già anticipato, per i diritti sociali<sup>113</sup>.

Innanzitutto, la Dichiarazione universale del 1948, all'art. 22, riserva il diritto alla sicurezza sociale ad «ogni individuo, in quanto membro della società» ed il riferimento alla partecipa-

<sup>111</sup> Così, fra gli altri, l'art. 13, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 12, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 2, par. 1, del Protocollo n. 4 del 16 settembre 1963 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>112</sup> Sul punto si permetta di rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a A. ALGOSTINO, *Note sulla titolarità*, cit., pp. 23 ss., nonché a vari interventi nel volume collettaneo R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit.; per una ricostruzione, in specifico, della giurisprudenza costituzionale sul punto, cfr., oltre quanto ricordato *ante*, sinteticamente, A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri*, cit., spec. p. 627.

<sup>113</sup> In argomento, cfr. le osservazioni di U. ALLEGRETTI, *Diritti fondamentali e globalizzazione. Dialogando con Pietro Barcellona (e altri)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 580 (a commento dell'impostazione di P. BARCELLONA, *Le passioni megate*, cit., spec. pp. 128 ss., in tema di «trappola» presente nell'universalismo giuridico e di deriva individualistica dei diritti): quando nella tutela dei diritti del non cittadino, si divide il complesso dei diritti fondamentali e, in particolare, si «staccano» i diritti sociali, quei diritti anche definiti come «diritti alle basi materiali della vita», si rischia di ridurre i diritti stessi a strumenti con i quali si realizza «il dominio dell'Occidente sull'intero pianeta»; solo mantenendo invece l'indivisibilità dei diritti si può condurre «la battaglia per la loro universalità reale».

zione alla società è stato interpretato come presupposto di esclusione dall'ambito di godimento del diritto degli stranieri presenti solo occasionalmente in uno Stato<sup>114</sup>.

In secondo luogo, la prassi normativa degli Stati è nel senso di graduare, perlomeno in relazione ad alcuni diritti sociali (quale la salute), l'esercizio degli stessi in rapporto allo *status* del suo potenziale titolare. Il diritto sociale viene in sostanza scisso in due parti: il c.d. contenuto minimo, che tutela nei suoi aspetti più essenziali la vita della persona umana, e il contenuto che, si potrebbe dire, garantisce un livello di vita medio rispetto a quello dei cittadini. Il contenuto minimo del diritto è riconosciuto a tutti: cittadini, stranieri regolari e stabilmente presenti, stranieri irregolari o presenti solo occasionalmente; la tutela piena, invece, è riconosciuta, in condizione di parità con i cittadini, solo agli stranieri regolari o appartenenti a categorie cui è accordata una particolare protezione, quali i minori e le donne incinte.

L'articolo 32 della Costituzione italiana, ad esempio, concordemente con le norme internazionali sui diritti dell'uomo<sup>115</sup>, proclama che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo», ma il d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante *Testo unico delle disposizioni concernenti la di-*

<sup>114</sup> In favore di tale interpretazione, ad esempio, F. CAPOTORTI, *Incidenza*, cit., p. 452; U. VILLANI, *I diritti degli stranieri*, cit., p. 122.

<sup>115</sup> Cfr., fra l'altro, Dichiarazione universale del 1948, art. 25, par. 1: «ognuno ha diritto a un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche e ai servizi sociali necessari...»; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966), art. 12: «Gli Stati parte del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire. Le misure che gli Stati parte del presente Patto dovranno prendere per assicurare la piena attuazione di tale diritto comprenderanno quelle necessarie ai seguenti fini:... d) la creazione di condizioni che assicurino a *tutti* servizi medici e assistenza medica in caso di malattia» (corsivo nostro).

*disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, distingue – passando ad un orizzonte non più universalmente eguale, ma dominato dalla differenziazione – fra l'ipotesi di stranieri regolarmente presenti sul territorio nazionale iscritti al Servizio sanitario nazionale (art. 34), regolarmente presenti sul territorio dello Stato ma non iscritti al Servizio sanitario nazionale (art. 35, c. 1 e 2), presenti irregolarmente sul territorio (art. 35, c. 3). Sintetizzando, la legge prevede una tutela piena del diritto alla salute, ovvero «parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri» rispetto ai cittadini, per gli stranieri regolarmente soggiornanti (art. 34, c. 1), «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio» (art. 35, c. 3) per gli stranieri irregolari e, infine, una tutela particolare per la gravidanza e la maternità, nonché per i minori (art. 35, c. 3, lett. a) e b), a prescindere dal titolo di presenza sul territorio<sup>116</sup>.

Uno schema simile viene seguito anche per il diritto allo studio: ai minori stranieri è in ogni caso riconosciuto il diritto-dovere dell'obbligo scolastico (art. 38, c. 1), mentre, ad esempio, l'accesso ai corsi universitari è previsto, a parità di condizioni con gli studenti italiani, per gli stranieri regolarmente soggiornanti (art. 39); in altri casi, infine, il godimento del di-

<sup>116</sup> Sullo *status* dei non cittadini in altri Paesi, cfr., da ultimo, alcuni interventi in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, in specie, relativamente all'area europea, R. ARNOLD, D. BIERMANN, *La disciplina dell'immigrazione in Germania*, pp. 644 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, *I diritti degli stranieri in Spagna*, pp. 662 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Lo status di straniero in Francia: contraddizioni e limiti di una nozione "incompresa"*, pp. 678 ss.; A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, pp. 698 ss.; A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione e condizione degli stranieri nel Regno Unito*, pp. 781 ss.; per un approfondimento sulla condizione di straniero in Italia, a quanto citato innanzi o nel prosieguo, *adde*, recentemente, E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IV ed., XV, Utet, Torino, 2000, pp. 156 ss.; C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001; B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

ritto – in condizioni di parità con i cittadini italiani – è *in toto* riservato agli stranieri in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno<sup>117</sup>.

La scissione del contenuto del diritto della persona umana in più livelli di tutela, a seconda dello *status* della persona umana (in specie, in relazione al possesso della cittadinanza, di un titolo di soggiorno regolare o di una semplice “presenza umana”), in Italia, ad esempio, ha ricevuto sostanzialmente anche l'avvallo della Corte costituzionale, la quale, da un lato, afferma l'intangibilità del carattere universale dei diritti inviolabili<sup>118</sup>, ma, dall'altro, considera ammissibili differenze nel godimento dei diritti<sup>119</sup>: «non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà,

<sup>117</sup> Così è, ad esempio, per le prestazioni definibili di «assistenza sociale» (art. 41 del d. lgs. n. 286 del 1998) e per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (art. 40, c. 6, come modificato dall'art. 27 della l. n. 189 del 2002), anzi, in tale ultimo caso, il diritto è fruibile solo dagli stranieri titolari di carta di soggiorno o, comunque, da coloro che, regolarmente soggiornanti, possiedono un permesso almeno biennale ed esercitano una regolare attività lavorativa; sul punto si rinvia a A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri*, cit., spec. pp. 627-628.

<sup>118</sup> La titolarità da parte della persona umana dei diritti inviolabili – precisa ad esempio la Corte costituzionale – implica che «per quanto gli interessi incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati», non può risultare scalfito il carattere universale dei diritti stessi (Corte cost., sent. n. 105 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 683 s.; nel caso specifico il giudice costituzionale si riferisce in particolare alla libertà personale).

<sup>119</sup> Ciò, ovviamente, con tutti i paradossi e i rischi di vanificare il diritto stesso che comporta la scissione fra titolarità e godimento; forse, andrebbe quantomeno precisato che le differenze nel godimento devono sempre rispettare quella che è l'essenza del diritto costituzionale, ovvero rientrare nell'ambito del nucleo di garanzie che rendono effettivo il diritto (se si tratta, ad esempio, della libertà di circolazione e soggiorno sono ammesse solo limitazioni stabilite dalla legge «in via generale per motivi di sanità o di sicurezza» [art. 16 Cost.]), ma la Corte costituzionale non sembra orientarsi in tal senso.



esist[a]ono differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti»<sup>120</sup>. La qualità di non cittadino, cioè, costituisce *di per sé*<sup>121</sup> una giustificazione per una differente modulazione nel godimento dei diritti, al di là della possibilità che – sempre a livello di godimento del diritto – siano introdotte delle differenziazioni in relazione alla ponderazione di interessi pubblici, quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale» e anche l'«interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione»<sup>122</sup>.

Il diritto alla salute, dunque, spetta a «tutti», ma il legislatore può prevederne «diverse modalità di esercizio», salvo il «nucleo irriducibile», che «quale diritto fondamentale della persona deve [perciò] essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»<sup>123</sup>.

La politica della graduazione del diritto in relazione allo *status* del suo titolare e, in generale, il ruolo della cittadinanza e dell'autorizzazione al soggiorno da parte dello Stato mostrano la forza di uno Stato-fortezza che tutela il privilegio dei propri membri e, eventualmente, di coloro che decide di ammettere, e

<sup>120</sup> Corte cost., sent. n. 244 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2363.

<sup>121</sup> Il cittadino – ricorda la Corte costituzionale (vedi *ante*) – «ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile» e rappresenta «un elemento costitutivo dello Stato stesso» (sent. n. 244 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2363), mentre lo straniero non possiede alcun «legame ontologico con la comunità nazionale» (sent. n. 62 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 360): il differente legame giustifica le discriminazioni nel godimento dei diritti.

<sup>122</sup> Corte cost., sent. n. 161 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1448. Gli interessi pubblici non possono costituire una scriminante nell'attribuzione dei diritti, ma possono incidere sia sulla disciplina relativa all'ingresso e all'allontanamento dello straniero dal territorio (pre-condizione per il godimento di qualsivoglia diritto) sia direttamente sui diritti, in quanto pesano nel giudizio di ragionevolezza su eventuali restrizioni nel godimento.

<sup>123</sup> Corte cost., sent. n. 252 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001.

determina<sup>124</sup> la degradazione ad un mero ruolo retorico dell'universalità dei diritti.

I diritti della persona umana rischiano di non essere nullo altro che diritti del cittadino<sup>125</sup> o, più generalmente, diritti "nazionali": forse non è ancora «finito il tempo in cui l'individuo doveva cercare la garanzia dei propri diritti solo all'interno delle mura dello Stato» (per cui la cittadinanza era «un'armatura per l'uomo naturale»)<sup>126</sup> e la perdita dei «diritti nazionali» porta ancora con sé, in molti casi, la perdita dei diritti umani<sup>127</sup>,

<sup>124</sup> Piacerebbe poter scrivere quantomeno "rischia di determinare", ma, realisticamente, pare più appropriata una formula non ipotetica, con la precisazione, peraltro, che non si tratta di un "realismo necessario o necessitato", ma, anzi, in contrasto con il diritto vigente, se non si vogliono scomodare anche concezioni, più o meno fideistiche (dalle etiche religiose al velo dell'ignoranza), del principio di eguaglianza o di giustizia.

<sup>125</sup> O, quantomeno – come è stato osservato – occorre considerare che «il nodo dei problemi posto dalla cittadinanza non fu sciolto» (F. CAPOTORTI, *In-cidenza*, cit., p. 452).

<sup>126</sup> Cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 59.

<sup>127</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 415: «la perdita dei diritti nazionali ha portato con sé in tutti i casi la perdita dei diritti umani... La concezione dei diritti umani è naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana» (più ampiamente, vedi parte I, cap. III). Recentemente, muove dalle osservazioni di Hannah Arendt, fra gli altri, G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995: «nel sistema dello Stato-nazione, i cosiddetti diritti sacri e inalienabili dell'uomo si mostrano sprovvisti di ogni tutela nel momento stesso in cui non è più possibile configurarli come diritti dei cittadini di uno Stato» (p. 139); l'Autore, in specie, considera come, da un lato, «la nuda vita naturale, cioè il puro fatto della nascita» si presenta come «fonte e portatore del diritto», ma, dall'altro, essa «dilegua immediatamente nella figura del cittadino» (pp. 140-141): si verifica una «finzione», «che la *nascita* divenga immediatamente *nazione*», per cui «i diritti sono attribuiti all'uomo (o scaturiscono da lui), solo nella misura in cui egli è il fondamento immediatamente dileguante... del cittadino» (p. 142), «finzione» che è messa in crisi dalla presenza di rifugiati, che spezzano «la continuità fra uomo e cittadino...» (p. 145).

anche se – come è stato osservato – la globalizzazione oggi in atto fa «dipendere sempre più la fruizione effettiva dei diritti soggettivi dalla possibilità di una loro tutela internazionale»<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> D. ZOLO, *La strategia*, cit., p. 4; similmente, V. E. PARISI, *La costituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziali*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, il quale dopo aver osservato che la Costituzione annovera, fra i suoi scopi, quello di garantire i diritti (di asservire il potere ai diritti) e che oggi dall'ambito esterno giungono minacce alla sovranità e ai diritti di cittadinanza, rileva la scarsa funzionalità di un sistema nel quale «i diritti continuano ad essere pensati (e tutelabili) solo dentro singoli ambiti territoriali (dentro i diversi Stati)», mentre «il potere si sposta fuori dall'ambito territoriale regolato dalle costituzioni» (p. 156). L'Autore, quindi, constatato che le risorse sono sempre più «nomadi», ma i diritti (ancora) «stanziali», e sottolineando la crisi dei concetti di territorio e di confine, conclude nel senso che «il concetto di cittadinanza appare oggi costretto a uscire da un ambito esclusivamente nazional-statale... ciò che la cittadinanza garantiva e tutelava dovrà allora di necessità essere perseguito anche al di fuori di quegli «approdi protetti» che lo Stato assicurava» (p. 169).

Cfr., nel senso della necessità di superare una tutela dei diritti legata allo Stato, recentemente, anche G. M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Pol. dir.*, 2003/2, pp. 143 ss., il quale nota come «i sistemi nazionali di protezione dei diritti umani – per quanto essenziali – non possono essere gli unici presidi a garanzia di questi ultimi, in un contesto di globalizzazione, di fronte a violazioni che derivano proprio dalle deformazioni di quel contesto» (p. 147) e propone «un ritorno al locale», in un orizzonte non di chiusura, ma di ponte fra la dimensione locale e quella universale (sovranaazionale), con un recupero – pare di evincere – delle identità locali e del fondamento locale dei valori universali (i diritti fondamentali possiedono una «dimensione al tempo stesso locale e universale»), integrando nelle due prospettive, locale e universale le “mancanze” dello stato nazionale (p. 151).

Sembrerebbe quasi che si stia procedendo verso una minor garanzia dei diritti: sono sempre essenzialmente – sul piano dell'effettività – diritti del cittadino (senza lo sviluppo di un vero e proprio sistema di garanzie sovranazionali), ma in alcune ipotesi la potenziale tutela apprestata (o apprestabile) dallo Stato appare “impotente” a fronte di *vulnera* ai diritti legati ad un contesto sempre più globalizzato.

Vi sono, di fatto, diritti universali della persona umana, ovunque si trovi e al di là di ogni sua ulteriore caratterizzazione (i diritti di libertà negativa, quale la libertà personale, la libertà di manifestazione del pensiero o la libertà di riunione)<sup>129</sup>, diritti universali della persona umana strettamente riservati ai cittadini (i diritti politici)<sup>130</sup>, diritti universali della persona umana il cui godimento è subordinato al possesso di alcuni titoli e dipende, nel grado di tutela, dal titolo posseduto (i diritti sociali): ma non vi era una persona umana, alla quale era riconosciuta una dote di diritti, quale estrinsecazione della sua dignità?

Ritorna l'ambiguità della Dichiarazione francese del 1789: diritti dell'uomo o del cittadino? E ritornano i dubbi sull'effettivo scopo dei diritti: se, quando a richiederli sono – semplificando – i colonizzati, essi vengono negati o condizionati in vario modo, non si dimostra forse che in realtà sono stati proclamati per garantire i privilegi e il dominio dei colonizzatori? che, cioè, in realtà, ha ragione chi li accusa di non essere altro che un inganno dell'Occidente?

Non è forse che i diritti universali, in conclusione, sono diritti di chi possiede la cittadinanza di alcuni Paesi, di alcuni "cittadini di prima classe"<sup>131</sup>?

<sup>129</sup> Tali diritti sia nella proclamazione che nelle norme che ne regolamentano il godimento sono generalmente a livello statale riconosciuti a «tutti», o a «ciascuno», o attraverso una espressione impersonale (quale «la libertà personale è inviolabile»), ed è opinione ormai maggioritaria che anche quando sono letteralmente attribuiti al solo cittadino, come è, ad esempio, per la libertà di riunione e di associazione, nella Costituzione italiana (artt. 17 e 18), ma anche in quella tedesca (artt. 8 e 9), in realtà siano attribuiti alla persona umana.

<sup>130</sup> In taluni casi, i diritti politici sono attribuiti anche agli stranieri, ma sempre per "gentile concessione" dello Stato e, inoltre, molto spesso, è previsto un diritto di voto alle sole elezioni c.d. amministrative (a livello locale) e non a quelle politiche.

<sup>131</sup> Distingue fra «cittadinanze pregiate, quali quelle dei nostri ricchi paesi, e cittadinanze che valgono poco o nulla, come quelle dei paesi di emigrazione», L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione*, cit., p. 181 (l'Autore aggiunge anche che «entro i nostri stessi ordinamenti», esistono «cittadinanze differenziate:

Il livello *c)* (diritti) si rivela di sempre più difficile individuazione se si punta ad una universalità effettiva: fra i rischi di occidentalità, le limitazioni imposte dalla sovranità, le contraddizioni e i paradossi della cittadinanza, i pericoli di strumentalizzazione, l'universalità rischia di annullarsi nelle esigenze della sovranità nazionale (o, meglio, di alcune sovranità nazionali) e nella difesa di godimenti privilegiati dei diritti.

I diritti universali devono fare i conti, non solo – e forse più ancora che – con il pluralismo delle culture che contestualizzano l'astratta persona umana, con il ruolo (di dominio o di privilegio) che in concreto induce talune persone umane a differenziare il proprio *status*, attraverso l'utilizzo di istituti o meccanismi, quali la cittadinanza e i confini, di graduazione ed esclusione nei confronti del concetto universale di persona umana. Politica di potenza degli Stati, forza della sovranità nazionale e volontà di dominio e di difesa del proprio privilegio da parte dei cittadini si incontrano e supportano qualificazioni discriminatorie della persona umana (la cittadinanza) e strumenti di esclusione della stessa (i confini), proclamando i diritti per tutti, riconoscendoli in concreto per alcuni, negandoli agli altri, dopo averli magari combattuti in loro nome.

cittadinanze piene, cittadinanze dimezzate, subcittadinanze, non-cittadinanze...»).

Cfr., inoltre, in tema, G. ZINCONI, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, il Mulino, Bologna, 1992, laddove sottolinea come «cittadini del mondo», in realtà, sono «coloro che già sono cittadini di paesi economicamente forti o che sono economicamente forti individualmente» (p. 252); vedi anche A. DI GIOVINE, *Democrazia con e senza qualità*, in *Nuove*, 2001/19, p. 11, il quale, sottolineando come la democrazia sia un regime costoso, rileva come «attualmente... il «segreto» delle più o meno opulente democrazie occidentali non è diverso da quello che viene indicato a proposito della democrazia ateniese: esso consisteva nell'esistenza degli schiavi e dei meteci... e nell'imperialismo, che consentiva ad Atene di rastrellare ricchezze per tutto l'Egeo e, con queste ricchezze, di ridistribuire un sufficiente benessere anche ai cittadini più poveri»: la democrazia (come i «suoi» diritti) appare intrinsecamente ambigua, fondata sull'ingiustizia e sulla disuguaglianza.

Efficace cartina di tornasole di tutte queste ambiguità dei diritti della persona umana è l'immigrazione, la quale, se in prospettiva negativa, può rappresentare il "cimitero" dei diritti umani, in un'ottica più ottimista, può essere considerata come una prova che permette di superare le ambiguità, concordando con chi rammenta che l'universalismo dei diritti non è un'utopia, ma «diritto vigente<sup>132</sup>, pur se misconosciuto dalle odierne teorie della cittadinanza e clamorosamente violato dalle nostre legislazioni in tema di stranieri e di immigrati»<sup>133</sup>. La cittadinanza – come osserva Ferrajoli<sup>134</sup> – non rappresenta altro che «un accidente "di nascita" non solo superabile ma anche ingiustificabile... sul piano etico-politico»; l'«antinomia regressiva... tra diritti universali della persona e cittadinanza» è destinata a divenire esplosiva, con la crescita delle disuguaglianze e delle pressioni migratorie, ma il suo superamento, la realizzazione di una «uguaglianza tra gli esseri umani nei diritti fondamentali», se è «tra i più gravi problemi dell'umanità», non è «irrealistica o irrealizzabile».

<sup>132</sup> Con la precisazione che, nella prospettiva che qui si preferisce, esso per raggiungere una "sincera" ed effettiva universalità trans-culturale, deve essere de-contestualizzato degli elementi tipicamente occidentali o ri-costruito a partire da una nuova prospettiva inter-culturale.

<sup>133</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., p. 315.

<sup>134</sup> L. FERRAJOLI, *I fondamenti*, cit., pp. 315-316; nel prosieguo l'Autore, ribadendo come il «disegno universalistico» sia «tracciato non già da un'utopia, ma dal diritto costituzionale e internazionale positivo», rileva come il superamento della cittadinanza in direzione dell'eguaglianza «dipende unicamente dalla politica: dalla volontà dei paesi economicamente e militarmente più forti, ma anche dalle lotte politiche e sociali delle masse oggi discriminate e dal sostegno che ad esse proverrà dalle forze democratiche dei paesi privilegiati» (p. 316).

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

### L'IMMIGRAZIONE COME CARTINA DI TORNASOLE DI UN'UNIVERSALITÀ FRAGILE

SOMMARIO: 1. In particolare. Immigrazione, universalità dei diritti e identità culturali. – 1.1. Lo scontro fra prescrizioni culturali e diritti universali. – 2. Il multiculturalismo e la tolleranza: “società aperta” limitata? La questione dei diritti culturali e collettivi

Gli attuali movimenti migratori dal Sud del mondo verso l'Occidente evidenziano con chiarezza le varie ambiguità connesse alla proclamazione (occidentale) di diritti umani universali, mettendo in luce – proprio nella culla dei diritti oggi proclamati come universali – le crepe profonde che si creano nello scontro fra universalità e identità culturali (religiose); universalità e stato-nazione; universalità e cittadinanza; universalità e volontà di proteggere i privilegi e giustificare la “dominazione” occidentale.

L'immigrazione, infatti, in primo luogo, porta all'interno della cultura occidentale tradizioni culturali differenti, mostrando, da un lato, come non necessariamente i diritti che i documenti internazionali (di matrice prevalentemente occidentale) sanciscono come universali, in realtà sono effettivamente tali e, dall'altro, le difficoltà connesse al bilanciamento fra diritti universali e prescrizioni culturali.

In secondo luogo, la disciplina che concerne l'immigrazione è un chiaro esempio della volontà dello Stato di non ri-

nunciare all'esercizio della propria "prerogativa sovrana" di determinare le condizioni di accesso e di permanenza nel proprio territorio, ovvero di controllare i propri confini (e tutelare lo stile di vita dei propri membri), rivelando, nel contempo, la persistente centralità del possesso della cittadinanza per la titolarità e/o l'esercizio dei (di alcuni) diritti fondamentali, ovvero mostrando come lo *status* della persona umana-straniero sia differente rispetto a quello della persona umana-cittadino<sup>1</sup>.

L'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato sono subordinati, dalle varie legislazioni nazionali, ad una autorizzazione connessa per lo più non alle esigenze della persona umana bensì a quelle dello Stato<sup>2</sup>; gli ingressi per asilo o per motivi di salute o di studio o anche per ricongiungimento familiare rappresentano una modesta percentuale, la maggioranza è costituita da ingressi per motivi di lavoro. Il rapporto fra diritti della persona umana universali e prerogative di una sovranità che "difende" il proprio territorio e la sicurezza (e, in particolare, il benessere) dei suoi membri comporta un compromesso<sup>3</sup>, ciò che in sede europea viene definito «un giusto equilibrio tra, da un lato, una politica d'integrazione degli immigrati che soggiornano legalmente e una politica di asilo che rispetti le

<sup>1</sup> O, meglio, come sia possibile individuare vari *status*: cittadino, straniero regolarmente residente, straniero regolarmente residente da un certo numero di anni, straniero in stato di rifugio o asilo, straniero irregolarmente presente sul territorio, nonché, più in specifico, straniero-minore, straniero-donna in stato di gravidanza.

<sup>2</sup> «A chi può essere concesso il diritto di entrata in uno Stato? I criteri finora previsti hanno il loro punto di riferimento quasi esclusivo nell'interesse dell'*io*, non dell'*altro*: la politica delle quote ha proprio questo fondamento...» (S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 120).

<sup>3</sup> In virtù del compromesso, i diritti sostanzialmente varranno solo per le persone umane-stranieri che lo Stato *ammette* nel proprio territorio; in particolare, sull'atteggiamento di chiusura della società italiana verso gli stranieri, cfr., da ultimo, A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2004.



convenzioni internazionali... e, dall'altro, una lotta risoluta contro l'immigrazione clandestina»<sup>4</sup>.

Emblematica in tal senso è la legislazione italiana, specie dopo la c.d. riforma Bossi-Fini<sup>5</sup>: il principio che presiede alla disciplina dell'ingresso degli stranieri è la «capacità di assorbimento del tessuto sociale e produttivo»<sup>6</sup>; ogni anno il decreto flussi stabilisce di quanti lavoratori (ovvero, stranieri) lo Stato necessita<sup>7</sup> e lo straniero (o, meglio, la mano d'opera) stipula con il datore di lavoro un «contratto di soggiorno», cioè un contratto di lavoro al quale è strettamente legato il permesso di soggiorno<sup>8</sup>. L'utilità della prestazione è, in sostanza, il criterio cardine dell'ingresso e del soggiorno del non cittadino nel territorio italiano (e, analogamente, nella maggior parte dei Paesi del Nord del mondo); tale condizione fondamentale può poi coniungersi con altre, come quelle che istituiscono «preferenze» (ovve-

<sup>4</sup> Consiglio europeo di Siviglia, 21 e 22 giugno 2002, Conclusioni della Presidenza.

<sup>5</sup> Sulla disciplina italiana in materia di immigrazione e, in particolare, per commenti sulla legge Bossi-Fini, sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri*, cit., spec. p. 630; per un primo riferimento ad altri Paesi, si richiamano gli articoli in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2003-II, citati in parte II, cap. III, par. III.

<sup>6</sup> Cfr. legge n. 189 del 2002, art. 17, c. 1, lett. c), il quale si riferisce anche ai «dati sulla effettiva richiesta di lavoro suddivisi per regioni e per bacini provinciali di utenza...».

<sup>7</sup> Come stabilisce il decreto legislativo n. 286 del 1998, art. 3, c. 4 (come sostituito da l. n. 189 del 2002, art. 3, c. 2), il presidente del Consiglio dei Ministri predispone annualmente – ma altri decreti possono essere adottati «qualora se ne ravvisi l'opportunità [n.d.r.: ovviamente in relazione alle esigenze dello Stato, inteso in senso lato, ma difficilmente per motivi c.d. umanitari]» – le «quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato», distinguendo per Paesi di provenienza dei potenziali immigrati, per titolo di ingresso (in particolare, soprattutto «per lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e per lavoro autonomo») e, eventualmente, per aree di destinazione (vedi, in tal senso, anche l. n. 189 del 2002, art. 17).

<sup>8</sup> In argomento sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *Si alzano le mura della fortezza*, cit., nonché A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri*, cit.

ro discriminazioni)<sup>9</sup> fra i non cittadini, premiando ad esempio i cittadini dei Paesi che collaborano nel controllo dell'immigrazione clandestina<sup>10</sup> o che hanno seguito apposite «attività di istruzione e di formazione professionale nei Paesi di origine»<sup>11</sup>. Si specifica, in altre parole, il criterio di ingresso centrato sulla «capacità di assorbimento»: del «tessuto produttivo», nel senso di esigenza di mano d'opera, e del «tessuto sociale», con la scelta degli immigrati considerati «più integrabili»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Si può notare come molte delle «discriminazioni» previste siano del tutto slegate da eventuali comportamenti della persona, essendo unicamente imputabili alla politica perseguita dallo Stato di appartenenza dell'individuo (come valutata dallo Stato italiano), sottolineando una volta di più la portata discriminatoria dell'istituto della cittadinanza.

<sup>10</sup> Cfr. d. lgs. n. 286 del 1998, art. 21, c. 1, che prevede quote riservate per cittadini di Stati che concludano con lo Stato italiano accordi per «la regolamentazione dei flussi di ingresso e delle procedure di riammissione», e parallelamente, l. n. 189 del 2002, art. 17, c. 1, lett. a), che riduce le possibilità di ingresso per coloro che provengono da Paesi i cui governi «non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione» dei propri cittadini espulsi; cfr. anche l. n. 189 del 2002, art. 17, c. 1, lett. b), che privilegia i «lavoratori di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea retta di ascendenza».

<sup>11</sup> Vedi l. n. 189 del 2002, art. 19, il quale istituisce i «titoli di prelazione», ovvero prevede una preferenza per gli stranieri che abbiano partecipato alle citate «attività di istruzione e di formazione professionale nei Paesi di origine»: uno strumento di scelta potenzialmente utile a selezionare gli stranieri quanto alle loro capacità, ma anche ai Paesi di origine.

A ciò è da aggiungersi la previsione, in via generale, di una «precedenza»: l'assunzione è subordinata all'assenza di disponibilità da parte di lavoratori «nazionali» o comunitari (l. n. 189 del 2002, art. 18).

<sup>12</sup> Sponsorizza una politica dell'immigrazione che distingua «tra le varie estraneità» e, di conseguenza, fra immigrati integrabili e inintegrabili, G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Rizzoli, Milano, 2000, spec. pp. 93 ss.; l'Autore, in specie, individua, con un approccio lontano dai valori di uguaglianza e pluralismo, alcune estraneità superabili (lingua e costumi) e due, invece, radicali (religione – e il riferimento, inevitabile, è a quella musulmana – ed etnia), sottolineando il pericolo di “bal-

La cittadinanza viene a qualificare la possibilità di godere in un certo modo dei diritti della persona umana (e – come si è visto – in alcuni casi incide sulla loro titolarità)<sup>13</sup>, ma non solo: vi sono cittadinanze che assicurano un “ricco” godimento di diritti, cittadinanze “povere” che riescono con più facilità di altre ad ottenere il permesso di entrare nel territorio delle cittadinanze “ricche” (e, dunque, ad ottenere un trattamento da “ricchi” o quasi<sup>14</sup>), e cittadinanze “povere” oggetto di una vera e propria volontà di esclusione (se non di contrapposizione).

I diritti della persona umana, in altre parole, non sono solo oggetto di discriminazione e differenziazione nell'applicazione concreta, ma rivelano anche, proprio a fronte dell'immigrazione, con chiarezza, il loro volto “cattivo”; innanzitutto, la loro potenziale universalità cede quando rischia di mettere in pericolo il godimento da parte di alcuni. Questo vale in particolar modo per i diritti che “costano”, quali i diritti sociali: l'estensione dei potenziali fruitori in presenza di una situazione di risorse invariata (o, come nell'epoca attuale, in diminuzione) comporta un livellamento verso il basso nel godimento del diritto, il che, se rappresenta – ad esempio, per gli immigrati – molto spesso un miglioramento delle condizioni precedenti, per i cittadini dei Paesi oggetto di immigrazione comporta un deterioramento delle stesse. L'immigrazione, cioè, mostra che

canizzazione”, a fronte della «cittadinizzazione» e il rischio di «coagulazioni di contro-cittadini».

Mette in luce il successo del «c.d. *paradigma differenzialista*», da ultimo, A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2002/5, pp. 968 ss.

<sup>13</sup> Sia sufficiente richiamare le considerazioni svolte in generale circa il diritto di residenza o, in specifico, ad esempio, a proposito del diritto alla salute, o le osservazioni attinenti alla titolarità dei diritti politici.

<sup>14</sup> Sempre però senza la sicurezza di poter continuare a goderne, dato che il mancato possesso del titolo di “cittadinanza ricca” porta con sé l'assenza del diritto di risiedere in quel territorio (si rinvia in proposito a quanto osservato *supra*).

quando l'estensione dei diritti alle persone umane *tout court* intacca lo *status* (privilegiato) dei membri di alcuni Paesi, l'universalità e il principio di eguaglianza vengono "accantonati"<sup>15</sup>; i diritti sono sanciti in capo a tutti, fintanto che non ne venga richiesto l'effettivo esercizio, come lo *ius migrandi* di Vitoria, riconosciuto a tutti gli uomini, ma solo perché in concreto esercitabile da "certi" uomini: universalità per pochi.

In secondo luogo, i diritti umani vengono a rappresentare un utile strumento per distinguere un "noi", dediti al culto dei diritti, e un "loro", eretici nei confronti dei diritti, con la conseguenza che occorre allontanare il potenziale Satana e poi magari anche convertirlo e/o in alcuni casi punirlo (e, comunque, sottometterlo); in questo senso i musulmani in generale e alcuni Stati islamici, in specifico<sup>16</sup>, divengono il "loro" dell'epoca attuale, gli "*hebetes*" di Vitoria.

# 1. *In particolare. Immigrazione, universalità dei diritti e identità culturali*

Una delle ambiguità che l'immigrazione disvela con evidenza – si è detto – è quella relativa al rapporto fra universalità, o pretesa universalità<sup>17</sup>, e culture e, in particolare, al di là delle "pecche" di occidentalità degli attuali diritti universali, alle quali si è già ampiamente accennato<sup>18</sup>, viene in rilievo lo

<sup>15</sup> Si verifica quella che R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio*, cit., p. 10, definisce la «diseguaglianza sistematica», cioè l'esistenza di paesi poveri e, per di più, condannati a restare tali, nonché l'esistenza di individui che non hanno diritti, di per sé incompatibile con gli «assunti civili del Primo Mondo».

<sup>16</sup> Sulla dottrina dello «stato fuorilegge», cfr. N. CHOMSKY, *Rogue States. The Rule of Force in World Affairs*, 2000, trad. it. *Egemonia americana e «stati fuorilegge»*, Dedalo, Bari, 2001.

<sup>17</sup> Sul punto, ad esempio, cfr. F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, cit., p. 55: «la consapevolezza dell'estrema varietà dell'universo dei valori... è stata resa ancora più forte dai flussi migratori».

<sup>18</sup> Si rinvia a parte II.

scontro fra concrete prescrizioni culturali e singoli diritti universali.

Basti pensare alla questione dell'infibulazione, prescritta in alcune culture africane e in contrasto con il diritto all'integrità fisica o il diritto alla salute, oppure alla questione del *chador*, sospesa fra libertà di religione (come pratica di una religione) e laicità dello Stato<sup>19</sup>, o alla poligamia e, in generale, a un mancato riconoscimento della piena parità uomo-donna<sup>20</sup>, in violazione del principio di eguaglianza<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Questioni entrambe aggravate dalla considerazione che, soprattutto nel primo caso, molto spesso si tratta di minorenni.

<sup>20</sup> Per inciso anche la legislazione italiana in materia di diritto di famiglia, prima della riforma del 1975, non era conforme al principio (costituzionalmente sancito) di parità uomo-donna.

<sup>21</sup> Per un primo approfondimento, in generale, sulla condizione della donna fra rispetto delle tradizioni culturali e universalità dei diritti fondamentali della persona umana, cfr. S. MOLLER OKIN, *Un conflitto sui diritti fondamentali? I diritti umani delle donne, la formazione dell'identità e le differenze culturali e religiose*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 1997, pp. 5 ss., che, tra l'altro, ricorda come il documento approvato nel corso della quarta Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sulle donne, prendendo posizione sul controverso rapporto tra differenze culturali e religiose e universalismo (in questo caso come pieno riconoscimento dei diritti umani delle donne), affermi: «se da una parte bisogna tenere in mente l'importanza delle individualità nazionali e religiose e i retroterra storici, culturali e religiosi, dall'altra è dovere di ogni Stato al di là della propria posizione politica, economica e culturale di promuovere e proteggere tutti i diritti e le libertà umane fondamentali» (p. 6); da ultimo, M. C. NUSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001, che sottolinea come «al di là delle differenze di classe e di contesto si riconoscono alcune aspirazioni fondamentali alla crescita umana, per quanto difficile sia il capire l'influenza del contesto sulle scelte e sulle aspirazioni» (p. 45), e, in un capitolo significativamente intitolato «In difesa dei valori universali», mette in guardia contro l'accusa di «occidentalizzazione» che a volte «appare come uno stratagemma politico, mirato a screditare quelle forze che stanno facendo pressione per cambiare» (p. 58); A. E. GALEOTTI, *Genere e culture altre, paper* presentato in occasione della lezione dal titolo *I nodi delle nuove minoranze. Il caso delle mutilazioni genitali femminili*, per il ciclo di Seminari Crocchia: immigrazione, emigrazione, migrazione interna, Torino, 7 aprile 2004.

Qual è il confine fra il rispetto delle differenze culturali e del diritto all'identità culturale e la tutela dei diritti universali della persona umana? Quando entra in gioco l'imperialismo (culturale) e quando la violazione di diritti umani? Cosa significa multiculturalismo e quali sono (se esistono) i limiti della tolleranza?

### 1.1. *Lo scontro fra prescrizioni culturali e diritti universali*

In primo luogo occorre sottolineare che, come elemento in ipotetica contrapposizione rispetto ai diritti universali, si cita la “prescrizione culturale” e non *sic et simpliciter* la “cultura”: si vuole porre l'accento sulla considerazione che molto spesso il contrasto è (o si può interpretare) come contraddizione fra diritti universali e concrete e storicamente situate norme culturali o religiose, non fra diritti universali e culture. La cultura si può intendere come un universo che comprende singole prescrizioni culturali, ma nello stesso tempo ne prescinde; si è già avuto occasione di ricordare come la “cultura” da considerare ai fini di una costruzione interculturale dei diritti sia costituita dai suoi principi fondamentali, al di là delle regole che li estrinsecano in un determinato contesto storico: la cultura in tal senso è soprattutto ciò che viene ad integrare il suo “nucleo essenziale intertemporale”, ovvero i principi. Questi ultimi possono, volta per volta, trovare estrinsecazione in prescrizioni differenti, alcune di esse possono anche apparire (essere) in contraddizione con i principi stessi<sup>22</sup>; comunque sia, se si distingue fra prescrizioni culturali e cultura, non necessariamente il contra-

<sup>22</sup> La contraddizione fra prescrizione culturale e cultura (principi della) può avvenire in ragione del particolare contesto politico-sociale-economico che può favorire certe interpretazioni e/o, più “malignamente”, in ragione di un utilizzo strumentale della cultura, magari in funzione di contrapposizione in un gioco di scontro per il potere (e/o per la propria indipendenza).

sto fra le singole regole e i diritti universali si traduce in uno scontro fra diritti e cultura.

La distinzione fra prescrizioni culturali e cultura può dunque essere utile per ridimensionare la prospettiva da “scontro di civiltà” che si può venir ad instaurare specie se, da un lato, si tende a ricondurre i diritti ad una particolare cultura, e, dall'altro, ad accentuare singole prescrizioni e non i principi di una cultura.

Se i diritti si costruiscono e interpretano in un orizzonte interculturale e se le culture si presentano reciprocamente in modo “mite” e “per principi” si evita di cadere nella trappola dello scontro di civiltà.

Si discorre, in altri termini, di una prospettiva nella quale il diritto all'identità culturale è utilizzato come strumento per favorire lo scambio di conoscenze e non come arma da combattimento in un ipotetico scontro frontale fra il diritto degli immigrati a veder rispettata la possibilità di esprimere e praticare la loro cultura e/o religione e il diritto degli “autoctoni” di conservazione della propria.

Un approccio morbido come quello prospettato è forse la via migliore per sfuggire ad uno scontro fra culture e per evitare la fine dei diritti della persona umana (che, inevitabilmente, se utilizzati come arma nello scontro, perdono ogni valore “buono”), ma, senza dubbio, non è un approccio facile e, anche nella distinzione fra prescrizioni culturali e cultura, è sempre in agguato una impostazione paternalista (se non imperialista): chi decide ciò che è cultura e ciò che è prescrizione culturale, che cosa i diritti umani, proprio in ragione della loro universalità, devono rispettare di una cultura e che cosa, invece, della cultura deve cedere di fronte ad essi?

Il mondo del diritto positivo, per ora, sembra essere orientato a non affrontare di petto le questioni, ma a cercare compromessi, a trovare soluzioni caso per caso e ad “aggiustarle” via via.

Così, ad esempio, a fronte della pratica delle mutilazioni genitali femminili<sup>23</sup>, pur prevedendo in talune ipotesi una spe-

<sup>23</sup> Sul tema, per una prima definizione delle mutilazioni genitali femminili e, in particolare, del loro ruolo all'interno della società di riferimento, vedi C. PASQUINELLI, *Donne africane in Italia (Mutilazioni dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Quest. giust.*, 2001/3, pp. 487 ss., che sottolinea come esse hanno un ruolo fondamentale «nella costruzione della identità di genere e nella formazione dell'appartenenza etnica, oltre che nella definizione dei rapporti tra i sessi e le generazioni», costituiscono un «marcatore sessuale», «una forma di disciplinamento del corpo femminile, attraverso cui viene perseguita una strategia di assoggettamento delle donne, in vista dello scambio matrimoniale» (p. 491); per chi si sottrae ad esse – prosegue l'Autrice – c'è «lo spettro di una emarginazione senza possibilità di riscatto» (p. 492), in quanto esse vengono ad integrare «un marchio di appartenenza», «quel “confine etnico”, che segna dall'interno l'appartenenza comunitaria riconvertendola in una espressione biologica, che ne cancella il carattere artificioso» (p. 493). Le *Mgf*, dunque, conclude Pasquinelli, non sono una pratica culturale decontestualizzata, ma, in quanto parte di un sistema complesso di strategie matrimoniali fondate sul pagamento del “prezzo della sposa”, caratterizzano le relazioni che costituiscono il tessuto sociale in gran parte delle società africane..., sono una componente intrinseca e tuttora indispensabile di una struttura economica-sociale...» (p. 501). Si tratta – sembrerebbe – di una norma di comportamento (di tipo consuetudinario) fondamentale per la società in cui vige: ma è necessariamente espressione di quella cultura o ne è solo una delle possibili estrinsecazioni? In altre parole, rappresenta un principio fondamentale di quella cultura o solo una prescrizione storicamente situata (se pur dotata di una certa costanza nel tempo) e suscettibile di mutare nel futuro senza incidere sul nucleo portante della cultura stessa?

In argomento cfr., anche, fra gli interventi specificamente dedicati alla questione, oltre quelli espressamente citati *infra*, C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani e identità culturale*, in *Minorigiustizia*, 1999/3, pp. 140 ss.; G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e morale*, 2000, pp. 1097 ss.; A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. merito*, 2001, pp. 854 ss.; nonché, altrove, ad esempio, M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., spec. pp. 86 ss.; C. SALAZAR, «*Tutto scorre*»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 2001, spec. pp. 383 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 226 ss..



cifica fattispecie di reato<sup>24</sup> o considerando in talaltre applicabile una fattispecie generale, come quella delle lesioni<sup>25</sup>, si finisce per intervenire il meno possibile<sup>26</sup>, e, nell'ipotesi di intervento, per lasciare in concreto al giudice la soluzione. Il giudice, a sua volta, cerca il compromesso<sup>27</sup>, magari comminando al minimo

<sup>24</sup> Cfr., in tal senso, la legislazione del Regno Unito, della Svezia, del Canada o degli Stati Uniti, così come di alcuni paesi africani (come Burkina Faso, Ghana, Egitto); sul punto, vedi T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, pp. 503-504; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, spec. pp. 85 ss.

Nel Regno Unito, ad esempio, il *Prohibition of Female Circumcision Act* del 16 luglio 1985 considera reato l'atto di compiere, o anche aiutare o consigliare, l'infibulazione, prevedendo una pena sino a cinque anni; similmente negli Stati Uniti dispone il *Federal Prohibition of Female Genital Mutilation*, adottato nel 1995.

In Italia, si possono ricordare il ddl S. 414 (presentato al Senato il 9 luglio 2001, approvato dalla II Commissione permanente l'8 aprile 2003, e attualmente in corso di esame in Commissione alla Camera: C. 3884), recante *Modifiche al codice penale in materia di mutilazioni e lesioni agli organi genitali a fine di condizionamento sessuale*, che vuole introdurre un reato specifico di *Lesioni e mutilazioni agli organi genitali* (art. 583-bis), punibile con la reclusione da sei a dodici anni; nonché la proposta di legge A.C. 150 (presentata il 30 maggio 2001 e attualmente in corso d'esame in commissione), recante *Disposizioni concernenti il divieto delle pratiche di mutilazione sessuale*, che mira anch'essa ad introdurre uno specifico reato di *Pratiche di mutilazione sessuale* (art. 583-bis).

<sup>25</sup> In questo senso, fra gli altri, si può citare la pratica dell'ordinamento francese, dove la Corte di cassazione in una sentenza del 1983 precisa che l'escissione costituisce una mutilazione permanente ai sensi dell'art. 312, 3, del codice penale allora vigente (cfr. A. FACCHI, *I diritti*, cit., pp. 92 ss.; T. PITCH, *Il trattamento giuridico*, cit., p. 505).

<sup>26</sup> T. PITCH, *Il trattamento giuridico*, cit., p. 504, ricorda come né in Svezia né in Gran Bretagna si siano mai tenuti processi in applicazione delle leggi specificamente adottate.

<sup>27</sup> M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multiethnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000/1, pp. 22-23, ad esempio, ricorda un giudizio per lesioni (artt. 582 e 583 del codice penale) nei confronti di due genitori che avevano praticato in una struttura ospedaliera del Paese di origine

la pena prevista e/o sospendendone l'esecuzione; vengono anche in considerazioni questioni di teoria penale generale, come la possibilità di mancanza del dolo, in quanto le lesioni vengono praticate con la convinzione di "agire per il bene" e, di fatto (oggettivamente), possono determinare l'inserimento o l'esclusione dall'ambiente sociale di riferimento<sup>28</sup>.

Si avverte un diffuso timore nell'affrontare questioni che facilmente possono condurre ad atteggiamenti di "imperialismo culturale" o "paternalismo culturale" (o, ancora, "superbia culturale") e che, peraltro, se non considerate, possono concretarsi in violazioni dei diritti fondamentali, condurre a situazioni di

l'escissione, nel quale il pubblico ministero aveva chiesto ed ottenuto l'archiviazione per «mancanza di condizioni per legittimare l'esercizio dell'azione penale», considerato che «i genitori della minore sono cittadini nigeriani... ed hanno inteso sottoporre la figlia a pratiche di mutilazione pienamente accettate dalle tradizioni locali (e, parrebbe, dalle leggi) del loro Paese...».

<sup>28</sup> A. FACCHI, *I diritti*, cit., spec. p. 97; T. PITCH, *Il trattamento giuridico*, cit., p. 506. T. PITCH, in conclusione, osserva come «sembra prevalere un uso del potenziale simbolico del penale, piuttosto che un uso della sua funzione deterrente» e come, peraltro, l'utilizzo di uno strumento punitivo possa rivelarsi «inopportuno e controproducente» (p. 510), più efficaci potendo essere invece politiche di educazione e informazione; anche A. FACCHI evidenzia la necessità di intervenire in vari settori e non soltanto con politiche repressive che, oltretutto, spesso si rivelano inefficaci (p. 106); S. RODOTÀ, *Repertorio*, cit., considera la depenalizzazione una tecnica che consente «una convivenza di valori, senza però che ad uno di essi venga attribuito alcun riconoscimento», conformemente a «processi di maturazione, di costruzione non autoritaria di valori comuni» (p. 127).

Recentemente A. E. GALEOTTI, *Genere*, cit., spec. pp. 23 ss., considera come, posta la porosità del principio di integrità fisica (e la presenza di deroghe, «numerose e multiformi», che «non si giustificano solo, o non tanto sulla base della scelta libera e razionale di agenti autonomi, ma anche e soprattutto dell'accettabilità degli interventi, accettabilità che a sua volta non deriva dai principi, ma sta nelle convenzioni che si affermano nelle culture»), dirimente sia la permanenza del danno fisico, non considerando invece opportuna una intransigenza di principio, a livello normativo (anche, ad esempio, nei confronti di un eventuale rito sostitutivo simbolico), e affidando la "lotta" al danno simbolico all'azione sociale.

sopraffazione e dominio, tramutando il diritto all'identità culturale e la necessità di rispettare le culture, in indifferenza verso la necessità di tutelare i diritti di qualsiasi persona umana (specie se "debole"). A ciò è da aggiungere che il mancato intervento può venir sentito come un non rispetto del diritto all'identità culturale, della cultura, del Paese oggetto di immigrazione.

La difficoltà di mantenere il delicato equilibrio fra tutte queste esigenze spinge a preferire la tecnica delle soluzioni caso per caso<sup>29</sup> e, dunque, il compromesso concreto del giudice piuttosto che il bilanciamento politico di principi del legislatore<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> In specifico, fra chi sottolinea l'importanza della flessibilità nelle "questioni del multiculturalismo", cfr., recentemente, A. FACCHI, *I diritti*, cit.: «è importante mantenere una permeabilità della regolamentazione giuridica verso la situazione concreta, il punto di vista delle persone coinvolte e gli equilibri della loro vita sociale. Ciò significa anche evitare contrapposizioni di principi e imposizioni di misure che possono apparire ingiuste sopraffazioni eurocentriche...» (p. 142), la quale ricorda anche come «ciò che si verifica frequentemente è la non ingerenza di fatto dello Stato in determinate materie» e come «l'adozione di provvedimenti relativi alle differenze culturali avviene comunemente sul piano giudiziario e amministrativo» (p. 59); A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 871 ss. (di cui vedi anche, più ampiamente, *Giudici e minoranze*, cit.). S. RODOTÀ, *Repertorio*, cit., sottolinea il carattere "costruttivo" e provvisorio delle soluzioni: «non bisogna cedere all'impazienza, e cercare sempre e ad ogni costo soluzioni definitive...», «valutiamo piuttosto le soluzioni di oggi secondo la loro attitudine a rendere più agevole» la «nuova costruzione sociale resa necessaria da un irrompere... di culture, etnie, lingue, valori diversi» (p. 129).

<sup>30</sup> Sulla tendenza in generale a devolvere la risoluzione dei "casi difficili" alla magistratura e su un ruolo più attivo della stessa, cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio*, cit., pp. 169 ss.; E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996; C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, il Mulino, Bologna, 1997; in argomento, vedi anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., spec. pp. 179 ss., che evidenzia la «grande responsabilità», nel moderno stato costituzionale, «dei giudici nella vita del diritto», quali «garanti della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (p. 213); R. DWORKIN, *I diritti*, cit. Diversamente, cfr., invece, J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità del-*

Soluzioni giurisprudenziali e volta per volta sono ad esempio anche quelle riguardanti i vari profili relativi all'uso del *chador*: in Francia, nel 1989, il Consiglio di Stato, adito in sede consultiva dal Ministro della Pubblica Istruzione, chiamando in causa il principio di laicità religiosa, ma anche la libertà di manifestazione ed espressione delle proprie credenze religiose, ha in sostanza demandato alle autorità scolastiche la decisione, limitandosi ad indicare come limite alla espressione della libertà religiosa l'attività di proselitismo e propaganda, nonché l'intralcio rispetto ad un regolare funzionamento del servizio pubblico<sup>31</sup>.

*la legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001, che considera come si tenda ad elaborare «un'immagine idealizzata dell'attività giurisidizionale» e ad incorniciarla «insieme a un'immagine indecorosa della attività di produzione delle leggi» e si propone «di recuperare e porre in risalto concezioni che raffigurano l'attività legislativa come un modo di governare dotato di dignità e una fonte del diritto meritevole di rispetto»; l'Autore, in specie, fornisce una raffigurazione del processo di creazione delle leggi, «nella sua veste migliore», come quello in cui «i rappresentanti della comunità convengono insieme per determinare in modo solenne e palese schemi e misure comuni che possono esser riferiti a ciascuno di loro in ugual misura, e ciò fanno con modalità che riconoscono e rispettano apertamente, piuttosto che occultare, le divergenze di opinione e di principio tra loro esistenti» (pp. 8-9).

<sup>31</sup> Cfr., per un approfondimento, G. POGGESCHI, *Il velo islamico in Francia: un problema di una società multietnica*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 287 ss. (sul parere del Consiglio di Stato, spec. pp. 292-294); G. E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 49 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze*, cit., pp. 122 ss. L'Autore da ultimo citato, in specie, sottolinea come, in generale, l'ordinamento francese adotti un atteggiamento pragmatico nei confronti delle minoranze, negando loro un riconoscimento formale, «per poi stipulare... accordi o convenzioni su singole materie», con il rischio però di «atteggiamenti "paternalistici"» e di «esiti spesso discriminatori» (A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze*, cit., p. 49); sul modello francese, definito di «integrazione fondato sull'uguaglianza», in specie in contrapposizione al modello inglese di «integrazione fondato sul pluralismo culturale», cfr., oltre quanti già citati in precedenza, L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociolog. dir.*, 2001/3, pp. 131 ss.

Peraltro, sempre in Francia, recentemente (3 marzo 2004) è stata approvata definitivamente dal Senato una legge, molto contestata, che prevede l'introduzione di limitazioni nell'uso di simboli religiosi (fra i quali il *chador*)<sup>32</sup>: una volontà questa, che, al di là del tradizionale riferimento ad un concetto di laicità che spesso, muovendo dalla neutralità (e, se si vuole, dall'indifferenza), sfocia in una aperta ostilità nei confronti delle confessioni religiose, induce ad affrontare con maggior rigidità<sup>33</sup> e, quindi, più facilmente in termini conflittuali, le questioni della convivenza multiculturale.

In Germania, dopo varie pronunce in senso differente da parte della magistratura ordinaria<sup>34</sup>, ha avuto occasione di pronunciarsi il Tribunale costituzionale tedesco, il quale, in particolare, affronta la questione relativa al diritto o divieto per un insegnante di adottare il velo<sup>35</sup>, allineandosi sostanzialmente alla tendenza della "non scelta". La Corte di Karlsruhe, infatti, con la decisione del 24 settembre 2003, rinvia ai legislatori dei Länder il bilanciamento fra libertà religiosa, come libertà di espressione delle convinzioni religiose, ma anche come diritto

<sup>32</sup> In specie la legge vieta nelle scuole pubbliche a gestione statale di portare «segni o abbigliamenti attraverso i quali gli alunni manifestino ostensibilmente un'appartenenza religiosa», prevedendo sanzioni disciplinari, da comminare previo dialogo con l'alunno e secondo il regolamento di istituto (per un primo commento, cfr. S. CECCANTI, *Francia. Il Senato approva definitivamente la legge sul velo. Una soluzione non convincente, soprattutto per presidi e giudici*, in <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/telescopio.html>, marzo 2004).

<sup>33</sup> Si sottolinea l'utilizzo di "induce" e "maggiore rigidità" (in luogo di rigidità in sé): permangono, infatti, per come è formulata la legge, ampi margini di discrezionalità.

<sup>34</sup> Per alcune indicazioni, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam*, cit., p. 874, spec. nota 16.

<sup>35</sup> In genere si distingue fra la posizione degli alunni e quella dell'insegnante, che, in quanto funzionario pubblico e, in specifico, incaricato di una funzione educativa, è tenuto in modo particolare al rispetto del principio di laicità dello Stato, a non assumere posizioni faziose e suscettibili di incidere sulla libera estrinsecazione della personalità degli alunni.

a non subire condizionamenti religiosi, principio di laicità, principio di parità di accesso agli uffici pubblici senza distinzione di religione<sup>36</sup>. Il rinvio, in questo caso, non è ad una soluzione giurisprudenziale volta per volta: si ritiene preferibile una discussione politica sui principi in gioco, ma si rifugge dal compierla, per così dire, in via “più definitiva” e allora la si rimette ai legislatori (rendendola facilmente modificabile) statali (quasi auspicando la sperimentazione di soluzioni differenti, al fine di trovare quella preferibile).

A livello europeo<sup>37</sup>, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha respinto il ricorso di due studentesse turche che ritenevano violata la propria libertà religiosa e il divieto di discriminazione in relazione al divieto di indossare il velo<sup>38</sup>, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha ritenuto soccombente il diritto dell'insegnante di indossare il velo a fronte del diritto alla libertà di coscienza e di religione degli alunni, della tolleranza e della pace religiosa<sup>39</sup>.

La risoluzione dei conflitti accennati, o di altri consimili, è poi resa particolarmente delicata dalla considerazione che molto spesso si controverte di situazioni nelle quali sono coinvolti minori<sup>40</sup> o persone, comunque, non in grado di esprimere liberamente e senza condizionamenti la propria volontà: nel bilanciamento si dovrà allora tener conto del fatto che magari una

<sup>36</sup> Sul punto, per un primo commento, cfr. B. RANDAZZO, *L'insegnante col velo alla Corte di Karlsruhe*, in *Quad. cost.*, 2004/1, pp. 147 ss..

<sup>37</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr., recentemente, fra gli altri, M. G. BELGIORNO - DE STEFANO, *Foulard islamico e Corte europea dei diritti dell'uomo (Modello laico e modelli religiosi di genere di fronte al diritto alla libertà di coscienza e religione)*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2001/9, spec. pp. 78 ss.

<sup>38</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione 3 maggio 1993, *Lamiye Bulut e Senay Karaduman contro Turchia*.

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 febbraio 2001, *Dablab contro Svizzera*.

<sup>40</sup> A tal proposito, ad esempio, si può anche verificare l'ipotesi in cui il rispetto di una prescrizione culturale è voluto dai genitori ma non dai figli mino-

prescrizione culturale non solo confligge con un determinato diritto universale, ma, più in generale, con il principio di libero sviluppo di ciascuna persona (se pur in un determinato contesto culturale e, dunque, in un orizzonte nel quale è riconosciuto un diritto ad una identità culturale, ad una contestualizzazione), con un ritorno alle “classiche” questioni: quali sono, ad esempio, i confini del libero sviluppo e quelli della semplice sostituzione di una cultura ad una altra?

Sia l'infibulazione che il caso del *chador* riguardano, ad esempio, la condizione della donna, la quale – è stato osservato – rappresenta il *quid* distintivo fra le varie culture e un elemento essenziale della riproduzione culturale<sup>41</sup>, nonché spesso pro-

ri: prevale la preservazione della cultura e la volontà dei genitori in tal senso, oppure l'esigenza di garantire la libera estrinsecazione di ciascuna persona umana? Per un approccio a tale questione, vedi M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., spec. pp. 89-90, che considera soccombenti i «“valori familiari” della religione o della cultura di minoranza»; cfr., inoltre, recentemente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze*, cit., pp. 142 ss., nonché P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000/1, pp. 191 ss.

<sup>41</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., pp. 84 ss.: «le culture e le religioni si sono distinte l'una dall'altra proprio in virtù delle pratiche peculiari che adottavano al riguardo [n.d.r.: relativamente alle questioni di genere, all'organizzazione familiare, ai ruoli e ai comportamenti sessuali]... La linea divisoria teorica e pratica tra ciò che è tollerabile e ciò che non lo è con ogni probabilità è destinata a essere discussa e alla fine tracciata proprio qui...» (p. 84); la subordinazione delle donne è legata anche alla considerazione che esse «vengono considerate gli agenti più affidabili» della riproduzione culturale o religiosa (p. 90); A. E. GALEOTTI, *Genere*, cit., pp. 1-2: «è spesso proprio in relazione alle pratiche tradizionali di controllo della sessualità femminile e oppressione domestica – dai matrimoni combinati, alla poligamia, alla segregazione e invisibilità femminile – che l'incompatibilità con la cultura liberale e democratica si manifesta e genera dilemmi teorici e pratici»; il genere si rivela «come qualcosa di più profondo e pervasivo che non una questione tra le altre»; sui rapporti fra diritti delle donne e religione, *adde* a quanto citato *ante*, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, E. DIENI, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000/1, pp. 217 ss..

prio un soggetto “debole” e non libero di scegliere se seguire o meno la propria cultura (o, meglio, le prescrizioni della sua cultura di origine).

## 2. *Il multiculturalismo e la tolleranza: “società aperta” limitata? La questione dei diritti culturali e collettivi*

L’immigrazione in sostanza evidenzia l’imprescindibilità della questione del multiculturalismo<sup>42</sup>: come costruire un rapporto fra diritti universali e culture o fra culture? e quali sono (se esistono) i limiti della tolleranza dei diritti universali *versus* le culture o delle culture fra loro? Entra in gioco il dibattito sulla protezione della democrazia<sup>43</sup>: l’essere la democrazia per natura tollerante può significare in ipotesi arrivare alla autodistruzione<sup>44</sup>? la tolleranza deve praticarsi, ad esempio, anche nei

<sup>42</sup> ... ricordando che «la discussione sul multiculturalismo può essere più feconda se diventa tramite necessario per affrontare la questione della lotta contro l’esclusione e la disuguaglianza sociale» (così M. L. LANZILLO, *Tolleranza*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 144).

<sup>43</sup> Si ricorda, per tutti, K. POPPER (*La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, 1973, I, p. 160): è «certamente difficile determinare esattamente il grado di libertà che si può lasciare ai cittadini senza mettere in pericolo quella libertà la cui protezione è compito dello Stato. Ma che una approssimativa determinazione di tale grado sia possibile è dimostrato dall’esperienza, cioè dall’esistenza di Stati democratici».

<sup>44</sup> Le questioni essenzialmente sono: la democrazia ha un diritto di difesa di fronte ad aggressioni che minacciano la sua esistenza? E chi, e in base a quali parametri, decide quando una aggressione è tale da minacciare l’esistenza stessa della democrazia? Il rischio è sia di travisare “difese del privilegio” per “difese della democrazia” sia, in ogni caso, di revocare in dubbio – a fronte di qualsivoglia provvedimento esclusivo – la *ratio* stessa della democrazia.

Occorre prestare particolare attenzione a non utilizzare l’etichetta “intolleranza”, apponendola a gruppi connotati da una particolare appartenenza religiosa o culturale, per legittimare restrizioni nel campo dei diritti e/o escludere alcuni dal “trattamento democratico”; in questo caso, infatti, non sono ipotetiche culture o religioni assolute e intolleranti a minacciare la democrazia, ma



confronti di una cultura (o religione) assoluta e totalizzante, cioè per natura intollerante?

Le note parole di Voltaire: «disapprovo quello che dite, ma difenderò fino alla morte il vostro diritto di dirlo», implicano una difesa incondizionata?

Senza la pretesa anche solo di dar conto delle tesi più significative espresse sull'argomento, pare utile tentare di immaginare le (alcune delle) soluzioni configurabili, indicando quella più coerente rispetto all'idea di universalismo situato proposta (diritti universali come costruzione interculturale, in un orizzonte di "vedo").

La sfida della società multiculturale che l'immigrazione rende ineludibile può essere affrontata essenzialmente in termini di chiusura culturale, ovvero di rifiuto delle altre culture ed imposizione di una cultura, in un'ottica conflittuale<sup>45</sup>, oppure in termini di rispetto delle altre culture: quest'ultima posizione, peraltro, può assumere configurazioni molto differenti.

La distinzione permette in primo luogo di precisare, al di là delle varie definizioni di multiculturalismo proposte<sup>46</sup>, che il si-

è la democrazia stessa che si "autodistrugge" (cfr. M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Les étrangers et le droit de vote*, in *Le Monde diplomatique*, Janvier 2000, p. 32, laddove si osserva come «cette "démocratie" ruine son propre concept, celui d'une liberté recherchée et partagée entre tous»).

Sulla rapporto fra democrazia e società multiculturale, oltre gli Autori citati *infra*, cfr. F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2003/20, pp. 33 ss.

<sup>45</sup> Tale atteggiamento può essere tenuto dalla cultura (o, meglio, dalla maggioranza o da chi detiene il potere) del Paese di immigrazione, ma anche dalla cultura (o, meglio, dalla maggioranza o da chi detiene il potere) del Paese di emigrazione.

<sup>46</sup> Per alcune indicazioni sul multiculturalismo, cfr., oltre gli Autori già ricordati o citati *infra*, tra gli altri, A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 1993/3, pp. 3 ss.; D. COHN-BENDIT, T. SCHMID, *Patria Babilonia. La sfida della democrazia multiculturale*, Theoria, Roma-Napoli, 1994; A. E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli, 1994; T. Bonazzi, M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e dirit-*

gnificato minimo di società multiculturale, per così dire, di diritto e non solo di fatto, implica una posizione di rispetto e, dunque, di tolleranza nei confronti delle differenze culturali e di garanzia di un diritto all'identità culturale.

Dato il significato minimo, peraltro, la società multiculturale può assumere connotazioni che muovono da una posizione di "eguaglianza formale"<sup>47</sup>, che può significare eguale rispetto, ma anche indifferenza nei confronti delle specificità culturali, ad una posizione di implementazione delle culture, attraverso la promozione delle identità culturali, la previsione, ad esempio, di azioni positive e il riconoscimento di diritti culturali (a livello individuale e/o anche collettivo)<sup>48</sup>.

*ti nelle società multiculturali*, il Mulino, Bologna, 1994; J. DE LUCAS, *Multiculturalismo e tolleranza: alcuni problemi*, in *Ragion pratica*, 1995/5, pp. 53 ss.; A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Fayard, Paris, 1997, trad. it. *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, il Saggiatore, Milano, 1998, spec. pp. 171 ss.; J. DE LUCAS, *Perché sono rilevanti le rivendicazioni giuridico-politiche delle minoranze*, in *Ragion pratica*, 1998/1, pp. 59 ss.; J. H. CARENS, *Culture, Citizenship, and Community. A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford University Press, 2000; E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2000; F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Clueb, Bologna, 2000; M. GIANNI, *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000/1, pp. 3 ss.; F. DASSETTO, *I molti modi di leggere il multiculturalismo*, in *il Mulino*, 2001/2, pp. 345 ss.; E. GARZÓN VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, il Mulino, Bologna, 2003.

Vedi, inoltre, da un punto di vista antropologico, per una ricostruzione del dibattito tra relativisti e antirelativisti, assimilazionisti e differenzialisti, e per ulteriori indicazioni bibliografiche, T. PITCH, *L'antropologia*, cit., pp. 177 ss.

<sup>47</sup> Alcuni, peraltro, parlano di vera e propria società multiculturale solo quando vi è "promozione" delle culture, considerando la tolleranza un "semplice" principio "liberale".

<sup>48</sup> Con tutti i problemi, conseguenti, di determinare, in caso di conflitto, il rapporto fra diritti individuali e diritti culturali (per un primo approfondimento sulla questione, si rinvia a quanto si osserverà *infra*).

Parallelamente il concetto di tolleranza può implicare un atteggiamento nei confronti delle diversità culturali di semplice “sopportazione”, di eguale considerazione, o di valorizzazione (escludendo, ovviamente, la prospettiva esterna rispetto ad una società multiculturale nel significato minimo precisato, che comporta un atteggiamento ostile).

In realtà, comunque, il discorso sulla tolleranza è “pericoloso” o, perlomeno, necessita di alcune precisazioni, onde evitare che il termine evochi la considerazione degli “altri” da un particolare punto di vista (e, spesso, implicitamente, la superiorità di quel punto di vista o, quantomeno, la sua assunzione a parametro)<sup>49</sup>: in tal senso, pare preferibile discorrere piuttosto di rapporto fra le culture o fra queste e i diritti, ovvero al più di tolleranza reciproca<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Osserva M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit.: «nella conversazione quotidiana ricorre frequentemente l'affermazione che la tolleranza segnala sempre un rapporto di disuguaglianza... Tollerare una persona, si dice, significa, esercitare un potere; essere tollerati significa accettare una condizione di debolezza. L'idea è che si deve mirare a qualcosa di più di questa combinazione, a un obiettivo che va oltre la tolleranza e che potremmo chiamare rispetto reciproco» (p. 73); R. FORST, *I limiti della tolleranza*, in *Teoria politica*, 2001/2, spec. pp. 7-8, segnala due concezioni fondamentali della tolleranza: come «permeso» («l'autorità (o la maggioranza) «permette» ai membri della minoranza, fintanto che questi non mettono in discussione il suo predominio, di vivere secondo le loro convinzioni» (in questo caso vige il principio di non reciprocità ed è «l'autorità che definisce arbitrariamente i limiti della tolleranza»), e come «rispetto» («considerazione reciproca», «all'interno di uno stato la cui struttura normativa può essere parimenti accettata da tutti senza privilegiare nessuna comunità etica in particolare»); anche M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quad. cost.*, 1995/3, p. 437, evidenzia come «“tollerare” vuol dire “sopportare”» e come spesso «se l'intolleranza denota una forma d'arroganza intellettuale, molto spesso il suo contrario reca in sé un che di paternalistico», e mostra la distanza rispetto all'idea di eguaglianza, di «pari dignità sociale».

<sup>50</sup> In tal senso si può assumere la tolleranza come sinonimo di pluralismo; sul rapporto fra tolleranza e pluralismo, vedi M. AINIS, *Valore e disvalore*, cit.: «la tolleranza descrive la specifica virtù delle democrazie pluraliste, ossia la condizione minima che ne consente l'esistenza, trasferendo l'ideale del pluralismo nella prassi...» (pp. 428-429).

La prospettiva dalla quale affrontare la composizione delle c.d. “questioni del multiculturalismo”<sup>51</sup>, se non è quella propria di un individuo astratto, è quella di una persona contestualizzata, inserita in una cultura, ma non a conoscenza della “sua” cultura di riferimento (un individuo in posizione originaria, o sotto il velo dell’ignoranza, ovvero un soggetto conscio dell’esistenza di varie culture e della contestualizzazione in esse di ciascuna persona umana, ma ignaro della sua particolare contestualizzazione).

Precisato ciò, all’interno di un orizzonte multi-culturale – come già detto – vi possono essere gradazioni anche molto differenti fra loro; in prima approssimazione pare di poterne indicare quantomeno due (a loro volta suscettibili di assumere diverse sfumature), ispirate rispettivamente ai “principi” di indifferenza culturale<sup>52</sup> e di promozione culturale<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> In primo luogo: rapporti fra culture, in particolare fra cultura della maggioranza (in ipotesi, la cultura del Paese oggetto di immigrazione) e la/le culture di minoranza (in ipotesi, dei nuovi immigrati), e rapporti fra culture e diritti universali della persona umana.

<sup>52</sup> Si ricorda, ancora una volta, che laddove, invece di indifferenza, si dovesse trattare di ostilità nei confronti delle culture, allora si dovrebbe parlare di società a-culturale – non multi-culturale –, una società, per così dire, asettica e astratta, de-contestualizzata (ricordando che, comunque, può non essere sempre agevole distinguere fra indifferenza ed ostilità); mentre, ovviamente, se dovesse esservi ostilità solo verso culture diverse rispetto ad *una*, si avrà una società sempre non multiculturale, ma mono-culturale.

<sup>53</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., p. 104, distingue una versione della neutralità, quale quella che «mirava semplicemente a trasformare tutti i bambini in americani», e il multiculturalismo, che «tende a riconoscere in essi gli americani (con un’identità duale) [n.d.r.: cioè, ad esempio, con il trattino: italo-americani] che essi sono e a indurli a comprendere e ad ammirare la loro diversità»: qui, invece – pare di poter rilevare – si amplia il concetto di società multiculturale ricomprendendo anche la neutralità, posto che questa sia una “neutralità libera”, ovvero che lasci libero spazio alle culture (con un approccio che, se non ne riconosce il valore, quantomeno non giudica un disvalore una loro presenza plurale), e non una “neutralità” ispirata ad una integrazione (assimilazione) forzata.

C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., spec. pp. 23 ss., distingue due approcci, in senso simile a quel-

Secondo la prima impostazione (indifferenza culturale), le culture sono concepite su un piano di eguaglianza, ma sostanzialmente non interessano lo Stato (o la comunità politica di riferimento): si può anche parlare, a questo proposito, di “neutralità inattiva”. In tale ipotesi, la società è multi-culturale di diritto, e non solo di fatto<sup>54</sup>, in quanto lo Stato riconosce il principio di eguaglianza fra le culture. L'atteggiamento è quello di uno Stato che si limita, ad esempio, a riconoscere la libertà di religione (e la pari dignità delle varie religioni), ma senza promuoverne alcuna e senza riconoscere ad esse un particolare valore<sup>55</sup> (per la comunità politica stessa e/o per lo sviluppo dell'individuo, in quanto quest'ultimo costituisca un principio fondante della comunità stessa).

È una società, una comunità, questa, nella quale ciò che rileva, ai fini della creazione e dell'appartenenza alla comunità stessa, è situato ad un livello di condivisione di principi politici (o politico-costituzionali), senza considerazione per le eventuali differenze culturali; riprendendo il pensiero di Habermas<sup>56</sup>,

lo proposto: «la politica dell'uguale dignità» e «la politica della differenza»; sinteticamente, in argomento, cfr. M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Quest. giust.*, 2001/3, spec. pp. 473 ss., il quale, però, sottolinea come «il principio dell'uguale rispetto», che «impone di trattare gli esseri umani in modo cieco alle differenze», segua il tracciato dell'egualitarismo, mentre il principio di rispetto delle differenze segue il tracciato del multiculturalismo (p. 474).

<sup>54</sup> Tale ipotesi potrebbe ricorrere, ad esempio, nel caso che concretamente fossero presenti più culture, ma mancasse qualsivoglia loro considerazione, anche solo per riconoscerne l'eguale valore e la volontà di eguale “non interventismo” dello Stato nei loro confronti.

<sup>55</sup> Sui vari rapporti dello Stato con le confessioni religiose (dalla «separazione ostile» ad un confessionarismo), ovvero sul concreto atteggiarsi della libertà religiosa in una prospettiva comparata, cfr., recentemente, S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>56</sup> Vedi *supra*, parte II, cap. II, par. II.3.2 (in specie, il rinvio è a J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, cit., p. 135, laddove si distingue fra «cultura politica» e «“forma di vita” culturale»).

interessa la convergenza intorno ad una forma politica, senza alcun rilievo per le differenze nella forma di vita culturale.

Si tratta, in ultima istanza, di una società multiculturale, nella quale però le culture rilevano solo in quanto sono riconosciute eguali e, dunque, “esistono” e convivono, ma, in sostanza, è praticamente una società, perlomeno giuridicamente, “non culturale” o, forse meglio, una società che pone come base (giuridico-costituzionale) per una convivenza culturale<sup>57</sup> una eguale non considerazione (valorizzazione) delle specificità culturali.

Tutto questo con una precisazione: in concreto è molto difficile distinguere fra politico e culturale, fra gli elementi di un patriottismo costituzionale-politico (giuridicizzato nella Costituzione) e quelli di un patriottismo legato a radici culturali condivise.

Quanto, infine, ai rapporti fra culture e diritti universali della persona umana, la configurazione in esame – non riconoscendo in sostanza valore alle culture, concepite come esterne all’oggetto della condivisione politico-costituzionale – tenderà ovviamente a far prevalere, in caso di conflitto, i diritti universali<sup>58</sup> (posto che essi siano oggetto del patto sociale e con la precisazione che essi, in quanto interculturali, sono anche in grado di rappresentare un *quid* comune alla culture ma anche al di là di esse<sup>59</sup>). Vi potranno comunque essere dei casi diffici-

<sup>57</sup> ... e, dunque, in tal senso, come fondamento per una società multiculturale.

<sup>58</sup> E. PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2001/16, pp. 63 ss., osserva: «L’universalità dei diritti diviene problematica solo se a) si considera il pluralismo culturale come una condizione meritevole di tutela... *giuridica*», considerando del concetto di «tutela dell’identità culturale» sia una versione negativa, di «non discriminazione, non interferenza dello stato nell’espressione di tale identità nella sfera privata», sia una versione positiva, di «intervento dello stato al fine di sostenere tali identità» (pp. 67-68).

<sup>59</sup> Tale ultima affermazione ad una prima lettura può apparire paradossale (i diritti sono allo stesso tempo interculturali e al di là delle culture), ma, ad

li<sup>60</sup>, nei quali lo Stato non può mantenere un atteggiamento di indifferenza nei confronti delle culture senza che si configuri un conflitto con i diritti universali: l'atteggiamento di "indifferenza" dello Stato può (dover) tramutarsi in un "interventismo repressivo"<sup>61</sup>.

Venendo alla seconda immagine di società multiculturale (di diritto), ispirata al principio di promozione culturale, si ipotizza in questo caso uno Stato (una comunità politica) nel quale si riconosce il valore delle culture e se ne promuovono i contenuti; l'atteggiamento sarà dunque, riprendendo l'esempio della libertà di religione, quello di chi considera un valore positivo la presenza (della) delle religioni(e) e ne incentiva lo sviluppo.

Questa accezione di società multiculturale, in cui si abbandona una neutralità non interventista e si opta per una politica attiva nei confronti delle culture, supporta sia la presenza di una posizione di neutralità interventista che in alcuni casi scelte attive diseguali, anche se non belligeranti<sup>62</sup>.

In altre parole, la promozione delle culture può rispettare il principio di eguaglianza formale tra di esse, prevedendo meccanismi di sostegno identici per ciascuna cultura<sup>63</sup>, oppure adotta-

una seconda lettura, si rivela in realtà coerente: attraverso le culture si viene ad individuare un *quid* che appartiene ad esse e, dunque, si può anche considerare come un qualcosa che, se non nasce e non vive al di fuori delle culture (assumendo una prospettiva di "vedo"), comunque, prescinde dalla specificità delle singole culture, venendo quasi a configurarsi come parte di una "super-cultura" comune (sul punto si rinvia a quanto osservato *supra*).

<sup>60</sup> Anche se si concorda con chi sottolinea come «a porre maggiori problemi... sono i diritti culturali positivi» (E. PARIOTTI, *Multiculturalismo*, cit., p. 68).

<sup>61</sup> Il conflitto, comunque, in questi casi può essere impostato come conflitto fra due valori: i diritti universali e l'eguale non considerazione delle culture (e, dunque, in tal modo, anche libertà delle stesse).

<sup>62</sup> Come si vedrà meglio nel prosieguo, peraltro, è difficile tracciare il confine fra scelte attive diseguali, ma, in ipotesi, conformi rispetto ad un principio di eguaglianza sostanziale e scelte attive discriminatorie (e belligeranti).

<sup>63</sup> Senza sottacere, comunque, le difficoltà inerenti alla definizione di cultura ai fini, ad esempio, di ottenere determinate sovvenzioni statali.

re un'interpretazione sostanziale dell'eguaglianza, favorendo ad esempio l'emersione delle culture più svantaggiate o con più difficoltà ad ottenere rappresentanza e visibilità, oppure, ancora, si possono assumere dei criteri di differenziazione fra le culture che non tendono a riequilibrare situazioni di squilibrio (come nel caso dell'eguaglianza sostanziale), ma a favorire determinate culture, in relazione a parametri, per così dire, esterni. In riferimento a questa ultima ipotesi si possono immaginare politiche che mirano a proteggere e promuovere la cultura storica, tradizionale, di un Paese, attraverso la predisposizioni di istituti specifici (basti pensare alle misure che in Italia riguardano la religione cattolica, come religione, o cultura, tradizionale e di maggioranza), in ragione vuoi di criteri quantitativi<sup>64</sup> o storici o in virtù di un diritto alla conservazione della propria cultura (come diritto all'identità culturale di un insieme di persone stanziate da tempo su un territorio a mantenere<sup>65</sup> la propria cul-

<sup>64</sup> Si tratterebbe, in tal caso, di una promozione differenziata in ragione della consistenza quantitativa degli appartenenti ad una data cultura. In proposito, peraltro, è da ricordare che la Corte costituzionale italiana ha, ad esempio, specificato, in relazione all'eguaglianza religiosa, che non si può seguire un criterio quantitativo, tutelando solo il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana (sent. n. 925 del 1988), e ha conseguentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 8, c. 1, della Costituzione, dell'art. 724, c. 1, c.p., che sanzionava la bestemmia «contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato», limitatamente alle parole «o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» (sent. n. 440 del 1995); dell'art. 404, c. 1 (*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*), in quanto «prevede una diversa sanzione penale per il medesimo fatto di reato, qualora esso sia commesso contro... la "religione di Stato" ... ovvero sia commesso contro "un culto ammesso nello Stato"» (sent. n. 329 del 1997); nonché dell'art. 402 c.p. (*Vilipendio della religione dello Stato*), inconciliabile con la «posizione di equidistanza e di imparzialità» nei confronti di tutte le confessioni religiose che «è il riflesso del principio di laicità..., un principio che assurge al rango di "principio supremo"..., caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato» (sent. n. 508 del 2000).

<sup>65</sup> Si noti che il confine fra "mantenere" e "imporre" la propria cultura è spesso sottile.



tura a fronte dell'arrivo in quel territorio di altre persone con culture differenti). O, ancora, si possono immaginare misure differenziate<sup>66</sup> in ragione di una supposta maggiore o minore vicinanza di alcune culture rispetto alla prospettiva dei diritti, o discorrere in termini di grado di integrabilità delle culture, rispetto, di nuovo, ai diritti, oppure, alla cultura di maggioranza o degli "appartenenti storici" a quella comunità o a quel territorio, o, in genere, come capacità di coesistenza di una cultura con altre culture, etc.

Ogni criterio di differenziazione, peraltro, rischia di condurre ad una discriminazione nei confronti di alcune culture e di procedere verso l'uscita da un orizzonte multiculturale<sup>67</sup>; l'aperta ostilità verso alcune culture conduce ad una società chiusa, non multiculturale, e di fronte ad un forte differenzialismo è facile attraversare il confine tra promozione differenziata e rifiuto di alcune culture.

La prospettiva di una società multi-culturale nella quale le culture sono assunte come "parte" della società pone in evidenza la *vexata quaestio* dei limiti del multiculturalismo, o, se si vuole, della tolleranza, o della società aperta: quale promozione e/o riconoscimento delle culture è compatibile o incompatibile?

La tendenza, ad esempio, a proteggere e a promuovere maggiormente la cultura "storica", ovvero, nell'ottica dell'immigrazione, la cultura del Paese oggetto di immigrazione<sup>68</sup>, ri-

<sup>66</sup> Il discorso in questione verte sulla promozione differenziata, ma potrebbe anche estendersi all'ipotesi di una repressione differenziata.

<sup>67</sup> In tale direzione sembrano muovere le proposte a là Sartori di distinzione «tra le varie estraneità» (G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio*, cit., p. 98, ricordato pocanzi), che conducono ad escludere dai diritti di cittadinanza l'immigrato "veramente estraneo", ad esempio in quanto appartenente ad una cultura fideistica e teocratica.

<sup>68</sup> Fra chi si pronuncia in favore della prevalenza della cultura «del luogo», cfr. M. G. LOSANO, *Contro la società multietnica*, in *MicroMega*, 1991/5, pp. 7 ss., secondo il quale nel «conflitto di culture, deve prevalere quella del luogo (specialmente se esso è uno Stato multietnico)» (p. 14). L'Autore, in ge-

spetto alla o alle culture “nuove”, ovvero dei Paesi dai quali provengono gli immigrati, quando rientra in una concezione di società multiculturale (se pur di tipo differenzialista) e quando viene ad indicare una società mono-culturale o con prevalenza di *una* cultura?

O, ancora, quando le politiche differenzialiste, che prevedono trattamenti diversi, distinguendo fra culture “più integrabili” e “meno integrabili”, si traducono in ostilità nei confronti di alcune culture (e, quindi, in rifiuto, del multiculturalismo)?

È forse il caso di introdurre un concetto intermedio di multiculturalismo limitato?

Quali sono gli elementi in base ai quali una cultura può essere “discriminata” (e, al limite, esclusa) senza che ciò mini il carattere multiculturale (o tollerante, aperto) di una società?

Vi è, ad esempio, a tal proposito, chi afferma che «i democratici liberali possono accettare sia la promozione dell'identità che la resistenza all'assimilazione, ma entro certi limiti, ossia fino al punto (dalla collocazione perennemente dibattuta) in cui le associazioni minacciano di reprimere gli individui o di compromettere la loro lealtà repubblicana» (Walzer)<sup>69</sup>, o chi sostiene

nerale, ritiene che «i tentativi di accomodamento devono aver luogo anzitutto con le culture «diverse» che consentono una reciprocità di trattamenti» (p. 14): la reciprocità è considerata alla stregua di «un livello minimo di tolleranza» e porta ad ammettere soltanto «quegli atteggiamenti culturali che non abbiano potenzialità distruttive» (p. 13). L'ottica in tale ipotesi pare essere più quella dell'assimilazione (e dell'esclusione) che non del riconoscimento, che, quantomeno, non pare configurarsi come reciproco, ma piuttosto come necessario rispetto della cultura del Paese di immigrazione da parte degli immigrati.

<sup>69</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., p. 117; altrove, l'Autore sottolinea come «non c'è soluzione teoretica, non c'è deduzione da un insieme di principi: ci sono solo compromessi che sicuramente renderanno scontenti sia i cittadini democratici sia i membri delle comunità»; i primi, nella loro richiesta di condivisione della cittadinanza democratica (come valore perlomeno da aggiungere alla identità etnica o religiosa), si scontrano con la presenza di gruppi «vincolati da altre leggi il cui carattere onnicomprensivo pretende una lealtà totale», i secondi, nell'affermare il loro diritto alla riproduzione culturale, si scontrano

ne che la tolleranza liberale non è priva di limiti, che «le democrazie liberali possono accogliere e abbracciare molte forme di diversità culturale, ma non *ogni* forma», e che, in particolare, non possono essere tutelati i diritti delle minoranze quando queste ultime non rispettano «la *libertà all'interno* del gruppo minoritario e l'*eguaglianza* fra i gruppi minoritari e quello maggioritario» (Kymlicka)<sup>70</sup>.

Ambedue le tesi citate, peraltro, muovono da una prospettiva «liberale», di democrazia o tolleranza liberale; Kymlicka esplicitamente afferma che la tolleranza costituisce un «fondamentale valore liberale», ma non è neutra, in quanto, per l'appunto, «liberale», cioè contraddistinta dalla «valorizzazione dell'autonomia», dalla «convinzione che gli individui debbano essere liberi di valutare ed eventualmente modificare i loro fini»<sup>71</sup>. Se la tolleranza, però, è «liberale», si rischia di assumere *una* prospettiva culturale; diversamente, invece, se si considera una ipotetica tolleranza concepita secondo canoni interculturali<sup>72</sup>.

Altri (Habermas) sostengono che uno stato di diritto in una società multiculturale «può tollerare soltanto forme di vita che si articolano» nell'ambito di «tradizioni non fondamentalistiche, giacché la convivenza giuridicamente equiparata di queste forme di vita presuppone che le diverse appartenenze cul-

con uno Stato che è disposto a dare la precedenza ai loro valori solo in ordine a certi fini, ma non come modo di vivere onnicomprensivo (M. WALZER, *Quali diritti per le comunità culturali?*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000, pp. 28-29).

<sup>70</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995, trad. it. *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 265.

<sup>71</sup> W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., pp. 268 ss. e, in particolare, p. 275.

<sup>72</sup> Il concetto di «liberale» può invero essere ridotto ad un contenuto minimo, quale ad esempio la garanzia della possibilità di libero sviluppo per l'individuo: in tale ipotesi si potrebbe trattare di un valore interculturale e non tanto, o non solo, liberale; ma perché, allora, continuare a mantenere una aggettivazione della tolleranza che la lega ad una specifica cultura, che sottintende anche altri valori?

turali si riconoscano reciprocamente»<sup>73</sup>. Il limite del riconoscimento dell'appartenenza ad una comunità «integrata intorno ad una certa concezione del bene» sembrerebbe in questo caso risiedere nel riconoscimento da parte delle varie comunità stesse (ovvero, degli individui che vi appartengono) del pluralismo<sup>74</sup>, il quale farebbe parte del «patriottismo costituzionale», ovvero di quella «*integrazione politica* astratta», che, per l'appunto, deve restare distinta da una «*integrazione etica* dei diversi gruppi e subculture», pena l'abbandono dello stesso pluralismo delle «forme di vita coesistenti in una società multiculturale»<sup>75</sup>.

Se i due livelli di integrazione, etico e politico, vengono a confondersi, «è segno che la cultura di maggioranza... compromette l'equiparazione della altre forme di vita e conculca la loro pretesa di riconoscimento»<sup>76</sup>: la società multiculturale habermasiana – che sembra possa iscriversi fra quelle ispirate alla “indifferenza culturale”, come si accennava – individua il limite della tolleranza, per così dire passiva, nei confronti delle culture nel loro non porsi come esclusive, ovvero nella loro tolleranza ed accettazione di una prospettiva pluralista.

Si postula una integrazione derivante «soltanto da un consenso sulle procedure relative a una legittima produzione giuridica e a un legittimo esercizio del potere» e non anche «da un consenso sostanziale sui valori», ma il consenso procedurale, «attraverso una sorta di *patriottismo costituzionale*» deve comunque inserirsi «nel contesto di una cultura politica storicamente determinata» e, inevitabilmente, presenta anche un «contenuto etico» (lo stesso valore del pluralismo ha una va-

<sup>73</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., p. 93. Il richiamo quale linea di confine fra tollerabile e intollerabile del carattere “tollerante” (non fondamentalista) della comunità di cui si controverte è costante in dottrina.

<sup>74</sup> Il «contenuto etico del patriottismo costituzionale» deve «acuire il senso della pluralità...» (J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., p. 94).

<sup>75</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., pp. 93-94.

<sup>76</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., p. 95.

lenza etico-politica)<sup>77</sup>. Tale contenuto, peraltro, – in una società multiculturale – pare limitato dal necessario rispetto della «neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche»<sup>78</sup>: il pluralismo sembrerebbe così costituire un limite alle culture (condizione per il loro riconoscimento)<sup>79</sup> e allo stesso tempo un limite per la comunità politica, che deve garantire la possibilità di esistenza plurale delle culture.

Centrale il pluralismo è anche nel pensiero di Zagrebelsky, secondo il quale «carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)»: «le società pluraliste attuali, cioè le società segnate dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie e progetti differenziati ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti... assegnano alla Costituzione il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune, non il compito di realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune»<sup>80</sup>. Oggi, a fronte di una «varietà di gruppi sociali» culturalmente (eticamente, religiosamente) connotati, forse è più che mai necessario il riferimento ad un pluralismo, di tipo procedurale e sostanziale insieme (aspetti sostanziali pare assumere anche l'immagine di

<sup>77</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., p. 95. In concreto, senza dubbio, si presenta molto difficile distinguere fra “politico”, astratto dalle culture, e “etico”, culturalmente contestualizzato, al di là di ogni preferenza per una costruzione “contestualizzata”, non solo storicamente, ma anche, per così dire, eticamente, del “politico”.

<sup>78</sup> J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit., p. 94.

<sup>79</sup> Le culture devono accettare il pluralismo (pena – sembrerebbe – la loro non accettazione da parte della società pluralistica). In argomento, vedi anche M. AINIS, *Valore e disvalore*, cit., p. 432, che considera non tollerabili «le distorsioni del pluralismo», come quelle che – l'Autore si riferisce in specie alla libertà di manifestazione del pensiero – sono suscettibili di metterlo in pericolo (violando, ad esempio, le “regole del gioco”, il «metodo democratico»).

<sup>80</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 9-11.

un «confronto leale»); il riferimento, sul piano sostanziale, ad un pluralismo dei valori, supporta sia l'immagine di un riconoscimento "indifferente" dei valori, che – come sembra più coerente con l'impostazione del pensiero dell'Autore – una loro assunzione "positiva" (con riconoscimento, ad esempio, nel testo costituzionale), se pur (necessariamente) non assoluta (ovvero escludente nei confronti degli altri valori).

Facilmente accostabile all'immagine di una società multiculturale "attiva" è la posizione di chi sostiene che «per quanto rilevante sia il profilo del rispetto dei valori di una cultura minoritaria, esso non può giungere fino a far derogare a principi-valori non sottoponibili a revisione costituzionale»<sup>81</sup>. In questa ipotesi si può pensare ad una società multiculturale nella quale vi sono alcuni valori condivisi, per così dire, "intoccabili", quelli – se si vuole – che costituiscono l'oggetto del patto costituzionale, i fondamenti della comunità, e che ricevono veste giuridica nella Costituzione<sup>82</sup>, i quali rappresentano un limite rispetto al riconoscimento delle culture e alla promozione dei loro contenuti. Vi è un nucleo comune che non è iscritto in *una* visione del mondo, ma si può immaginare<sup>83</sup> come suscettibile di una costruzione interculturale: si discorre, in fondo, sempre di un «patriottismo costituzionale», come nell'ipotesi di "indifferenza culturale", ma questa prospettiva, oltre la considerazione che le culture entrano nella costruzione dei valori di tale patriottismo (che viene ad essere un *quid* interculturale e, allo stesso tempo, al di là delle culture, secondo quanto già osservato), contempla anche la possibilità di un atteggiamento – che può essere iscritto fra gli stessi valori fondanti oppure, in mancanza di determinazione al riguardo, essere rimesso ad

<sup>81</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 214.

<sup>82</sup> La Costituzione è il *quid* condiviso, ciò che mostra l'esistenza e, allo stesso tempo, costruisce la società politica.

<sup>83</sup> ... procedendo oltre rispetto al passo citato di De Vergottini.

una decisione successiva<sup>84</sup> – della comunità politica nei confronti delle culture di tipo interventista (e non semplicemente di neutralità inattiva).

Una impostazione di tal fatta non esclude in concreto conflitti di difficile risoluzione fra diritti universali (anche costruiti interculturalmente) e prescrizioni culturali<sup>85</sup>; anzi, in generale, si può osservare che ogni impostazione promozionale è suscettibile di incrementare o, meglio, di evidenziare i potenziali contrasti.

Il grado, nonché il tipo, di eventuale conflittualità variano poi in relazione alle modalità di implementazione che il singolo ordinamento prevede, al di là, magari, di un generico diritto all'identità culturale (o, più correttamente, all'eguale identità culturale), che può considerarsi strettamente connesso all'idea stessa di persona umana, della sua dignità e sviluppo.

A tal riguardo, *prima facie*, si può distinguere la previsione di promozioni a livello costituzionale, da parte di una fonte legislativa primaria oppure per via giurisdizionale<sup>86</sup>, ovvero, promozio-

<sup>84</sup> In altre parole la Costituzione può prevedere la promozione delle culture, considerarle un valore oggetto di tutela positiva (assunzione della prospettiva della promozione culturale), oppure sancirne semplicemente l'eguaglianza (per così dire, negativa), nel quale ultimo caso la prospettiva costituzionale è di "indifferenza culturale", anche se ciò di per sé non esclude necessariamente che, a livello legislativo o magari anche giudiziario, non si adottino politiche appartenenti ad un'ottica promozionale.

<sup>85</sup> Si ricordi, a spiegazione dell'affermazione "diritti interculturali in contrasto con prescrizioni culturali", che può anche apparire come una contraddizione, la distinzione fra cultura e prescrizione culturale, oltre la considerazione che, ovviamente, in una costruzione interculturale, ciascuna cultura deve cedere qualcosa e che ciò che principalmente rileva è il suo nucleo portante (ovvero, di nuovo, la cultura, nel senso sopra delineato).

<sup>86</sup> Osserva A. GUZZAROTTI, *Giudici e minoranze*, cit., che i parlamenti liberali (anche in considerazione del principio di eguaglianza o per rispetto delle stesse minoranze) non si occupano delle minoranze religiose e culturali e che esse, spesso, per le dimensioni, non riescono ad ottenere una adeguata rappresentanza politica; «qui» – afferma l'Autore – «sta il ruolo fondamentale gioca-

ni quali elementi fondanti della comunità politica, oggetto di una scelta storicamente determinata (se pur tendenzialmente, di carattere generale), frutto di una decisione caso per caso.

Quanto ai tipi di promozione possibili, occorre innanzitutto richiamare il concetto di “diritti culturali”<sup>87</sup>, il quale peral-

to dalla giurisdizione, che, specie con il sindacato di legittimità costituzionale, diviene una forma di partecipazione altrettanto degna dei classici diritti politici, anzi, per le minoranze, un insostituibile metodo per influire sull’ordinamento giuridico» (p. 86). Guazzarotti a ciò aggiunge la considerazione che il giudice nella sua decisione deve agire secondo un «dialogo razionale», deve giustificare la decisione «coerentemente e in base a ragioni neutre» (pp. 87-88), e questo rinsalda il rapporto fra comunità politica nazionale e minoranza, oltre ad «assumere un ruolo “pedagogico”» (p. 89). Il giudice, dunque, viene concepito come soggetto che potenzialmente può esercitare un ruolo centrale contro l’intolleranza e per l’integrazione (spec. p. 180), pur con i limiti legati, fra l’altro, alla difficoltà per il giudice di valutare ciò che è cultura e il rapporto diritti individuali-diritti culturali (spec. pp. 183-184).

F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione: com’è possibile l’integrazione sociale? Riflessioni sociologico-giuridiche*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002/4, spec. pp. 23-30, invece, considera nell’ordinamento giuridico tre possibili livelli di risposta al riconoscimento delle diversità culturali: il piano politico-costituzionale (in particolare con l’istituzione di una cittadinanza differenziata), il piano legislativo (con il ricorso ad «una strategia universalistica di tipo negativo» e la previsione di comportamenti specifici o alternativi), e, infine, il piano giurisprudenziale, con un giudice che pragmaticamente interpreta e applichi le norme «tenendo conto del fattore culturale» (l’Autore, in generale, considera centrale la collaborazione delle parti, la negoziazione).

<sup>87</sup> Sul concetto di diritti culturali, oltre gli Autori citati *infra*, vedi, per un primo approccio, anche in chiave definitoria, M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., nonché, più sinteticamente, ID, *Quali diritti*, cit., spec. pp. 21-23 (laddove si sottolinea il legame dei diritti culturali «con la riproduzione culturale»); N. ROULAND, *I fondamenti antropologici*, cit., spec. pp. 281 ss.; A. E. GALEOTTI, *I diritti collettivi*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani*, cit., pp. 30 ss.; P. COMANDUCCI, *Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani*, cit., pp. 47 ss. (che evidenzia la distinzione fra diritti culturali negativi e positivi); R. MAZZOLA, *Profili generali dei diritti culturali in una prospettiva giuridico-politica*, in *l’Ateneo*, 1999/1, pp. 17 ss.; A. FACCHI, *I diritti*, cit., spec. pp. 21 ss.



tro è fatto oggetto di definizioni differenti e, conseguentemente, di contenuti differenti; senza pretesa di completezza, si possono ricordare: meccanismi di rappresentanza speciale, riconoscimento di autonomia (da una autonomia linguistica ad una di tipo politico), previsione di azioni positive<sup>88</sup>, sovvenzioni per la tutela e/o lo sviluppo delle culture, etc.<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Senza entrare nel merito, a tal proposito, si ricordano le questioni alle quali le "azioni positive" possono dar luogo, legate *in primis* al loro carattere ambiguo e oscillante fra eguaglianza sostanziale e discriminazione (in specie di tipo paternalista).

<sup>89</sup> Le misure possono anche variare in relazione al tipo di "cultura" o di minoranza; si pensi, ad esempio, alla distinzione fra *minorities by force* (minoranze discriminate) e *minorities by will* (minoranze volontarie), che può richiedere di modulare differentemente i trattamenti, non solo in un'ottica promozionale, ma anche di eguaglianza [in argomento, per un primo approccio, A. PIZZORUSSO, *I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani*, cit., pp. 68 ss.; in generale, sulle minoranze, vedi A. PIZZORUSSO, Art. 6, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 296 ss.; A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, pp. 527 ss.; P. BARRERA, *I diritti delle minoranze nel crepuscolo degli stati nazionali*, in *Dem. e dir.*, 1992/1, pp. 65 ss.; S. Bartole, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Cedam, Padova, 1998; G. DE VERGOTTINI, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, 1995/1-2, pp. 9 ss.; E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Giappichelli, Torino, 2002].

Per una classificazione e riferimenti ad alcuni casi concreti di riconoscimento di diritti culturali e/o collettivi, cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, E. CECCHERINI, *Meccanismi istituzionali a garanzia delle identità culturali nelle recenti Costituzioni*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001-IV, pp. 1697 ss.; nonché ID., *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 129 ss.; M. MAZZA, *Messico. Pubblicata, tra molte polemiche, la contestata legge su diritti e cultura degli indigeni*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001-IV, pp. 1772 ss.; M. MAZZA, *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo*, in Associazione italiana di diritto comparato, *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427 ss.

Un elemento senza dubbio significativo è dato dalla titolarità dei diritti culturali<sup>90</sup>: sono diritti del singolo individuo o collettivi<sup>91</sup>? Sono, cioè, diritti di ogni singola persona alla preservazione o allo sviluppo, attraverso le varie rivendicazioni configurabili, della propria cultura, o sono diritti della cultura stessa<sup>92</sup>?

Senza entrare in questo dibattito, che richiama la *querelle* fra *liberals* e *communitarians*, si può osservare come, in prima approssimazione, pare preferibile ipotizzare il riconoscimento di diritti culturali in capo al singolo individuo piuttosto che ad una entità collettiva<sup>93</sup>: se la persona umana è il “super” valore

<sup>90</sup> Oltre che, ovviamente, come già accennato, dalla loro forma e forza quali diritti costituzionali, legislativi o “giudiziari”.

<sup>91</sup> Occorre non confondere i diritti culturali, che sono identificati dal loro contenuto, e i diritti collettivi, dove ciò che rileva è il soggetto titolare: i diritti culturali possono essere collettivi e, viceversa, i diritti collettivi possono essere culturali, ma non si tratta – come a volte si ritiene – di sinonimi (insiste sulla distinzione, A. FACCHI, *I diritti*, cit., pp. 23-24).

<sup>92</sup> Ovviamente con tutti i problemi – di non poco conto – di determinare ciò che costituisce cultura o, ad esempio, chi agisce in nome della cultura.

<sup>93</sup> Per una posizione nettamente contraria al riconoscimento di diritti culturali «in capo a collettivi», cfr. E. VITALE, *Rivendicazioni etnoculturali e nazionalismi. Una prospettiva laica*, in *Teoria politica*, 2001/2, pp. 75 ss., secondo il quale non ha senso il riconoscimento di «diritti comunitari o culturali in capo a collettivi», perché «il collettivo «comunità» o «cultura» che ne dovrebbe essere titolare ha un'esistenza ed un'identità puramente ideologica, o quanto meno dubbia, incerta, sfuggente»; inoltre, tali diritti «sono non solo inutili ma anche pericolosi, in quanto incompatibili con i diritti fondamentali della persona...» (p. 83); l'Autore, in generale, considera entità collettive come «comunità, etnia (minoranze etnico-culturali), nazione, classe» dei «costrutti mitopoietici... utilizzabili e utilizzati da *élite* al potere (o aspiranti al potere) per aggregare empaticamente...» e giudica «laicamente inaccettabile... concepire... [le] rivendicazioni multiculturalistiche non come una fase problematica che molte società stanno oggi intensamente vivendo, ma come fine desiderabile, da promuovere nel lungo periodo...» (p. 85). Sempre contro la titolarità collettiva dei diritti culturali, vedi anche E. PARIOTTI, *Multiculturalismo*, cit.: i diritti culturali non sono da intendersi in senso olistico; «la loro titolarità non andrebbe

di riferimento, ciò che in ultima istanza deve essere tutelato e garantito anche attraverso l'attribuzione di diritti culturali alle culture, quali sarebbero i vantaggi di questa trasposizione di titolarità?<sup>94</sup>

La cultura è un diritto dell'individuo, ma la cultura non ha diritti sull'individuo. Si intende, cioè, sostenere che la cultura in sé, come autonoma rispetto agli individui, non ha un valore proprio, non entra in discussione in un ipotetico bilanciamento fra diritti, anche se questo non significa che essa non acquisti valore (e debba essere bilanciata con altri diritti) in quanto diritto della persona (ad una propria identità culturale)<sup>95</sup>.

configurata in senso collettivo», perché sarebbe garantita l'integrità «ufficiale e dominante» delle culture, ma non «i diritti all'identità culturale dei loro membri»; occorre distinguere fra contenuto dei diritti, che «può senza dubbio avere come oggetto comportamenti che richiedono un esercizio collettivo o che operano un riferimento ad un contesto», e titolarità (pp. 79- 80).

<sup>94</sup> Subito, ciò che viene in mente è un possibile “svantaggio”: l'utilizzo strumentale della cultura per assoggettare alcune persone, ovvero sacrificare qualcuno in nome del superiore interesse della “nazione” (del “superiore” interesse di alcuni altri).

<sup>95</sup> Sul controverso rapporto fra diritti della cultura, diritti culturali, (altri) diritti umani, *adde*, a quanto già osservato e agli Autori già citati, nel senso della negazione di un diritto della cultura, J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento*, cit.: «la tutela di tradizioni e forme di vita costitutive dell'identità deve, in ultima istanza, servire unicamente al riconoscimento dei... membri in quanto individui», «il punto di vista ecologico della conservazione delle specie non può essere trasferito alle culture» (p. 89). Diversamente, cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., pp. 9 ss., il quale accorda valore alla cultura in sé e distingue «certi diritti» che devono venire «invariabilmente difesi» (come quelli legati all'*habeas corpus*), dall'«ampia gamma delle immunità e delle presunzioni di trattamento uniforme...», la cui importanza è invece commisurabile «alla sopravvivenza culturale», la quale, in alcuni casi, prevale (p. 49); sulla posizione di Taylor sul punto, cfr., fra gli altri, F. BARONCELLI, *Hanno le culture diritti sugli individui? Sul liberalismo olistico di Charles Taylor*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 11 ss.

Fra i molti che si esprimono per una prevalenza dei «diritti liberali» su quelli culturali, cfr., ad esempio, R. VÁZQUEZ, *Diritti delle minoranze e tolleranza*, in *Ragion pratica*, 1998/10, pp. 197 ss., il quale critica le proposte che

Anche dando per presupposta questa impostazione, comunque, le questioni che si aprono sono molteplici, in primo

conferiscono «priorità etica alla comunità culturale rispetto all'individuo» e argomenta «in favore della supremazia dei diritti liberali su quelli culturali» (p. 199); distingue due tipi di «incompatibilità» P. COMANDUCCI, *Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 32 ss. (similmente ID., *Quali minoranze?*, cit. spec. p. 58): nel caso di conflitti tra garanzia dei diritti umani e tutela delle minoranze culturali vi è una «incompatibilità relativa, con supremazia dei diritti liberali, per quanto attiene ai diritti culturali negativi e ai diritti sociali» e una «incompatibilità... assoluta» «per quanto attiene ai diritti culturali positivi, con conseguente loro rigetto» (p. 46).

Tra chi propone una soluzione di «compromesso» fra diritti del singolo e diritti della comunità (in favore di una interpretazione non radicale del multiculturalismo), cfr. C. VIGNA, *Multiculturalismo*, cit., secondo il quale «una plausibile via d'uscita sta forse nel determinare quali diritti si impongano come irrinunciabili ad un essere umano [n.d.r.: e qui si incontra la maggiore difficoltà e, forse, l'utilità di un approccio inter e multi culturale]. Questi diritti sarebbero evidentemente anche i limiti dei diritti della comunità sul singolo cittadino» (p. 92). In prospettiva diversa, ma sempre in posizione, per così dire, intermedia, cfr. M. GIANNI, *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1997/3, pp. 495 ss., secondo il quale occorre passare «da un modello d'integrazione basato sui diritti individuali a un modello nel quale i diritti collettivi occupano uno spazio importante...», occorre definire un modello che contempli anche le differenze culturali; si tratta, in sostanza, di realizzare meglio l'ideale democratico e una via per raggiungere questo obiettivo è rappresentata dal concetto di «cittadinanza differenziata: a partire da una unità complessa, composta da membri aventi delle affiliazioni conflittuali, si tratta di stabilire delle modalità politiche che non neghino, ma neanche capitolino di fronte all'espressione delle identità culturali»; occorre elaborare dei criteri di riconoscimento e occorre che «tutti gli attori (anche quelli nei confronti dei quali si applicherà il riconoscimento) possano partecipare» alla loro determinazione (pp. 515-516).

Originale, ma molto lontana dalla prospettiva qui assunta, invece, la posizione di chi esprime una tesi nettamente contraria a qualsivoglia diritto legato alla cultura, in termini molto rigidi, chiusi e sostanzialmente intolleranti: M. A. CATTANEO, *Diritti dell'uomo, non diritti delle culture*, in *Sociolog. dir.*, 2002/1, spec. pp. 12-13, il quale, in nome di un assoluto valore della dignità umana, rifiuta ogni rivendicazione culturale (n.d.r.: ma la cultura non è parte del concet-

luogo, quella del contrasto fra i diritti legati alla cultura e gli “altri” diritti della persona umana<sup>96</sup>; per ridimensionare questo contrasto, ad esempio, vi è chi propone di affidare la tutela dei c.d. “diritti culturali” alla giurisprudenza, oppure chi propone una connotazione “debole” di tali diritti<sup>97</sup>. Se, inve-

to di persona umana, non può costituire un elemento della sua dignità?) e afferma una prevalenza senza discussione dei «diritti umani», ricondotti peraltro ad una matrice culturale europea (n.d.r.: ma allora la cultura europea ha valore!), con la precisazione che per ciò l'Europa non ha dei diritti sugli altri popoli, ma ha dei «doveri verso le altre culture: doveri di insegnamento..., doveri di aiuto» nei confronti di «persone costrette a vivere nell'ambito di culture e sistemi politici sostanzialmente non attenti alla dignità umana» (tentativo questo, maldestro, di evitare accuse di razzismo e colonialismo).

<sup>96</sup> In argomento, cfr. anche quanto osservato *ante*.

<sup>97</sup> Vedi, fra gli altri, E. PARIOTTI, *Multiculturalismo*, cit.: «le istanze che... sembrerebbero essere associate ai diritti culturali dovrebbero, forse, rappresentare una sorta di “filtro” che, in questioni rilevanti, possa contribuire alla più opportuna interpretazione ed applicazione dei diritti umani. Il riferimento al contenuto dei “diritti culturali” potrebbe costituire, cioè, un rimedio al rischio di occidentalizzazione potenzialmente insito nel processo di internazionalizzazione dei diritti umani. L'attenzione per la componente culturale dovrebbe intervenire, se necessario, a meglio precisare il contenuto dei diritti umani, senza necessità di giungere ad ipostatizzare e formalizzare precisi contenuti da associare a *diritti* culturali» (pp. 74-75), realizzando un universale attraverso il particolare. La tesi dell'Autrice sembra avvicinarsi a quella (cui sostanzialmente si aderisce) della costruzione interculturale dei diritti, senza però riconoscere fra i diritti universali-interculturali uno specifico diritto all'identità culturale.

In favore di un riconoscimento “debole” del multiculturalismo, si esprime anche E. GARZÓN VALDÉS, *Diritti umani e minoranze*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 55 ss.: «la tesi che voglio proporre è che una società multiculturale in senso forte è eticamente inaccettabile, mentre un multiculturalismo in senso debole riduce le peculiarità culturali eticamente rispettabili al rango di desideri secondari o di preferenze personali» (p. 59); «il problema dei diritti delle minoranze sorge dal fatto che esse sono escluse dalle misure di omogeneizzazione, ossia dalla piena vigenza dei diritti umani. Se essi sono assicurati, il soddisfacimento dei loro desideri secondari non presenta più grossi problemi di etica normativa» (p. 77); dello stesso Autore, in tema, cfr. anche, *Tolleranza, responsabilità*, cit.

ce, si opta per una protezione “forte”, quale il riconoscimento a livello costituzionale, di alcuni diritti culturali, il conflitto sarà di più difficile risoluzione, o, forse, solo più evidente: spesso, infatti, un riconoscimento di basso profilo dei “diritti culturali”, o anche, al limite, un atteggiamento di indifferenza nei loro confronti, non risolvono più facilmente i conflitti, ma semplicemente li ignorano<sup>98</sup>. A ciò si aggiunga – come già accennato – che i possibili conflitti sono legati anche al tipo di “diritto culturale” riconosciuto (ovvero al contenuto del diritto culturale): alcune misure “forti” possono, ad esempio, essere percepite come discriminatorie, in contrasto con un principio di pluralismo inteso come rispetto reciproco, eguale in un senso formale<sup>99</sup>.

Sotto il profilo dei diritti culturali, cioè, in una ottica promozionale delle culture, si possono ipotizzare vari modelli di società multiculturale, più o meno conflittuali e più o meno includenti nei confronti delle culture, considerando come centrali essenzialmente tre variabili: titolarità, forma (e forza), contenuto, dei diritti stessi.

Ora: promozione o indifferenza, per una società multiculturale coerente con l'immagine che si è proposta di diritti della persona umana costruiti dal e nel confronto culturale?

Promozione – verrebbe da affermare – perché l'individuo non è una entità astratta, ma una persona concreta e contestualizzata e voler misconoscere la sua contestualizzazione significa

<sup>98</sup> Una ostilità, invece, aperta nei confronti dei diritti culturali risolve più facilmente (o nega) il conflitto, ma a senso unico e, in sostanza, contro lo stesso individuo, o, meglio, contro una sua componente essenziale, qual è la cultura, che, in quanto parte dell'individuo, ha “diritto” ad entrare in gioco in un ipotetico bilanciamento.

<sup>99</sup> Si pensi al disagio che si può avvertire per la posizione privilegiata riconosciuta nell'ordinamento italiano alla Chiesa cattolica, anche a livello costituzionale (i Patti lateranensi e il principio concordatario di cui all'art. 7 Cost.).

privare la persona umana di una sua componente<sup>100</sup>, quindi, non garantirne appieno la dignità<sup>101</sup>.

Una promozione magari non “forte”, ma “mite”, “morbidamente”: una valorizzazione delle culture eguale, non da un punto di vista formale<sup>102</sup>, ma sostanziale (evitando però misure che facilmente possono essere e possono apparire come discriminatorie), ricordando sempre che il valore da tutelare è la persona con la sua cultura e non la cultura di per sé (quindi diritti culturali di cui è titolare una persona e non una collettività)<sup>103</sup>; una promozione non discriminatoria e attenta al rispetto dei diritti universali<sup>104</sup> (che, comunque, sono anche essi interculturali).

“Persona con la sua cultura”: si intende sottolineare che l'attenzione è ad una persona così come esiste, non così come è astrattamente disegnata da qualsivoglia pensiero metafisico; ed è tale persona contestualizzata che compone e costruisce la società multiculturale<sup>105</sup>; in questo senso è fonda-

<sup>100</sup> Si precisa: non perché si ritiene che necessariamente e oggettivamente esista una Natura sociale dell'uomo, ma perché di fatto – secondo un “vedo” – l'uomo vive in un determinato contesto.

<sup>101</sup> L'indifferenza può, in tal senso, non essere in contrasto con il principio fondamentale di tutela della persona umana, ma la promozione può forse garantire meglio tale principio.

<sup>102</sup> Il che avvicinerebbe, se non condurrebbe direttamente, ad un atteggiamento di “indifferenza culturale”.

<sup>103</sup> Questo, peraltro, non esclude che i diritti siano collettivi nel senso che acquistano un valore solo se esercitati congiuntamente da più persone, cioè nel senso proprio della libertà di riunione o di associazione.

<sup>104</sup> Il rispetto dell'identità culturale e, in generale, la contestualizzazione, sono funzionali ad una “miglior” (effettiva) tutela della persona umana, ma occorre evitare possibili strumentalizzazioni delle stesse per giustificare indebolimenti o smagliamenti nella garanzia dei diritti.

<sup>105</sup> Così come è la “persona contestualizzata” che costruisce ed è titolare dei diritti (da cui la proposta di costruzione concreta e interculturale di questi ultimi) e così come è la persona situata in una determinata condizione socio-economica a rivendicare i diritti stessi.

mentale l'ottica dell'eguaglianza sostanziale, dei diritti sociali<sup>106</sup>.

Prendendo in prestito due citazioni di Walzer<sup>107</sup>, che ricorda l'affermazione del deputato Clermont-Tonnerre pronunciata all'Assemblea legislativa del 1791: «dobbiamo rifiutare tutto agli ebrei come nazione e dare tutto agli ebrei come individui», e la considerazione di Jean-Paul Sartre sul fatto che il democratico francese tende a salvare l'ebreo come uomo e annullarlo come ebreo, riconoscendo solo l'astratto soggetto dei diritti dell'uomo e del cittadino, si può osservare come, nella prospettiva qui assunta, l'«ebreo» dovrebbe essere considerato come persona umana ebrea, ovvero appartenente alla religione ebraica. Tale ultimo elemento rileva (oltre che in una ipotetica costruzione interculturale dei diritti) quale elemento di tutela della persona, che è «persona contestualizzata».

La prospettiva dell'eguaglianza sostanziale, in tal senso, si rivela non in contrasto con la libertà *tout court* (e, se si vuole, anche con l'uguaglianza in senso formale), ma una garanzia della sua effettività. La libertà dell'uomo (anche in prospettiva meramente negativa) non è la libertà di un uomo astratto; si pensi, ad esempio, al diritto alla vita: esso non dovrebbe inten-

<sup>106</sup> Cfr., in argomento, alcune osservazioni di C. SALAZAR, «*Tutto scorre*», cit.: «negli ordinamenti europei (ed in quello italiano in particolare), è possibile rinvenire il fondamento della tutela della diversità che sia frutto di un essere o di un appartenere»; «esso si coglie nell'insieme dei diritti sociali», i quali «tengono conto» del fatto che non si nasce mai «uomini in generale, ma maschi o donne», inseriti in una determinata famiglia, che appartiene ad un gruppo etnico, segue una certa religione, ... (p. 381). «La tutela della diversità e la spinta alla «concretezza» innervate dai diritti sociali nella «tradizione costituzionale» dei diritti dell'uomo e del cittadino, spingono a riflettere su tale immagine in una prospettiva molto diversa da quella propria dell'«uomo» titolare dei diritti celebrato nelle Carte settecentesche»; «il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali... scandisce la trasformazione in *persona* dell'individuo astratto» (p. 381).

<sup>107</sup> M. WALZER, *Sulla tolleranza*, cit., p. 55.



dersi (solo) come mero diritto ad una esistenza fisica<sup>108</sup>, ma come diritto al “tipo” di vita che *quel* determinato uomo sceglie e considera degna di essere vissuta (il nucleo essenziale del diritto è poi ciò che i vari uomini considerano comunemente degno, il “resto”, invece, viene ad integrare la contestualizzazione del diritto).

Quanto osservato, peraltro, non può e non deve prescindere dalla considerazione che l'uomo in questione deve poter “liberamente” scegliere la propria vita, quindi, devono essergli garantite le condizioni perché la sua scelta possa essere effettivamente libera: pluralismo, libertà di pensiero, e, certo non ultimi, i diritti sociali<sup>109</sup>; la contestualizzazione del diritto, in altri termini, deve essere libera. La libertà è una libertà contestualizzata nella cultura e nella singola persona umana, ma questo rappresenta un diritto, non una camicia di forza e, dunque, deve, essere oggetto di una scelta effettivamente libera (e qui entra in gioco la prospettiva dell'eguaglianza sostanziale) e non un destino eterodiretto<sup>110</sup>.

Tornando ora ai diritti culturali (diritti che si potrebbero anche chiamare “diritti alla contestualizzazione”), occorre affrontare una ulteriore questione, concreta (contestuale, verrebbe da dire): gli ordinamenti occidentali attuali a fronte di una immigrazione sempre più consistente<sup>111</sup>, sono in grado di supportare una nuova società multiculturale, dove le culture che

<sup>108</sup> Sempre ricordando che l'esistenza fisica è un diritto, non un dovere: in argomento sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3209 ss.

<sup>109</sup> «Colui che è affamato non ha scelta» (Victor Hugo).

<sup>110</sup> Certo, comunque, non ci si può nascondere la difficoltà di distinguere quando una persona sceglie consapevolmente di appartenere ad una determinata cultura e quando è costretta, anche solo per “ignoranza” di altre possibilità, ad appartenervi; a volte può non essere chiaro non tanto il diritto alla propria cultura, quanto il diritto ad uscire da essa.

<sup>111</sup> Una immigrazione, si ricordi, che, contrariamente al diritto positivo vigente, nell'ottica dei diritti universali *dovrebbe* essere considerata un diritto.

devono essere riconosciute, e, comunque, che esistono, presentano caratteristiche diverse rispetto a quelle che hanno dato luogo a quegli ordinamenti?

Ciò conduce, in particolare, ad una domanda: è opportuno o necessario riscrivere il patto sociale<sup>112</sup>?

Forse sì e forse la risposta dovrebbe essere affermativa anche se il patto si dovesse riscrivere negli stessi termini: quando nuovi membri vengono a far parte della comunità, proprio perché sono parte della comunità (e anche perché si sentano effettivamente parte delle comunità)<sup>113</sup>, dovrebbero partecipare alla sua costruzione.

In primo luogo, una partecipazione di tutti (anche dei membri più “recenti”) della società alla redazione e sottoscrizione del patto sociale pare opportuna (ma anche necessaria) estrinsecazione del diritto di partecipazione alla vita del Paese nel quale si vive, nonché elemento importante per un maggior rispetto di tutte le contestualizzazioni (gli stili di vita).

In secondo luogo, costruire (o, se si vuole, ri-costruire) una società multiculturale, riscrivere il patto sociale, per modificare alcuni elementi o anche solo per consentire la partecipazione e la sua sottoscrizione da parte di tutti, è opportuno per diminuire la conflittualità potenziale; forse, in tale direzione può persino essere utile in un primo momento di confronto evidenziare il meno possibile le differenze (per non cadere in un clima da scontro di civiltà e avvicinarsi, invece, ad esempio, all'*humus* che ha dato vita alla Costituzione italiana del 1948) e adottare delle misure di neutralità non attiva.

<sup>112</sup> Fermi restando alcuni principi e diritti che – come visto – fanno parte del patrimonio per così dire intertemporale, interspaziale e interculturale delle persone umane; si può cioè ipotizzare una integrazione attraverso una rinegoziazione dell'esistente, che però assuma come base un contenuto “essenziale”, come i diritti umani, o una sorta di minimo patriottismo costituzionale, di rispetto della Costituzione.

<sup>113</sup> ... e, dunque, fra l'altro, ne condividano anche più facilmente le regole.

Oggi, è giunto il tempo di riscrivere (ad esempio nella società occidentale italiana oggetto di immigrazione) il patto sociale<sup>114</sup>, o quello esistente è adeguato – è sufficientemente aperto ed inclusivo – anche per le “nuove” persone umane che intendono stabilirsi sul territorio?

La Costituzione italiana pare potenzialmente inclusiva nei confronti di nuovi membri della comunità; forse sarebbe opportuno, però, eliminare alcune discriminazioni positive, suscettibili di alimentare uno spirito fondamentalista, che sia *jihad* o crociata non rileva, come recentemente è emerso con evidenza in relazione alla polemica, strumentalizzata da ambedue le parti, sul crocefisso<sup>115</sup>.

In specifico, se l'articolo 8 della Costituzione può essere visto come uno strumento di promozione culturale (religiosa) in

<sup>114</sup> F. BELVISI, *Società multiculturale*, cit., ad esempio, dubita «che «costituzione e diritto costituzionale» riescano ancora a svolgere efficacemente la funzione integrativa che tradizionalmente viene loro attribuita» (p. 148); A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze*, cit., nota come quanto si conosce dei nuovi gruppi religiosi può apparire «un florilegio di negazioni dello Stato», ma anche che «si tratta, probabilmente, dello stesso tipo d'inquietudine già provata» e superata nel passato in riferimento ad altri gruppi (pp. 78-79).

<sup>115</sup> Sul caso del crocefisso, in giurisprudenza, cfr., Tribunale costituzionale federale tedesco, decisione 16 maggio 1995, e, in Italia, da ultimo, Tribunale dell'Aquila, ordinanza rg 1383/2003, 22 ottobre 2003 (consultabile in <http://www.lexia.it/sentenze>), nonché Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I sez., ordinanza del 13 novembre 2003, con la quale si solleva questione di legittimità costituzionale delle norme che prevedono l'apposizione del crocefisso nelle aule scolastiche, «in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione» (cfr. <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/TarVECrocefisso.htm>).

In dottrina sul tema, vedi, fra i molti, J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti*, cit., pp. 100 ss., G. E. RUSCONI, *Come se Dio*, cit., pp. 39 ss.; i numerosi interventi apparsi sul sito <http://www.unife.it/forumcostituzionale/contributi>, nonché sul sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita> (in specie l'intervento di F. RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo, ovvero dei nodi che giungono sempre al pettine...*, 6 marzo 2004).

una prospettiva in cui lo Stato non è indifferente, ma implementa e promuove, l'articolo 7, invece, può apparire (è) una tutela privilegiata di una cultura (religione), secondo un criterio storico-quantitativo che – come ha chiarito la Corte costituzionale – non ha più ragion d'essere<sup>116</sup>; l'articolo 7, dunque, dovrebbe essere modificato nel senso dell'eliminazione della tutela privilegiata costituzionalmente garantita accordata alla Chiesa cattolica<sup>117</sup>.

In secondo luogo, dovrebbe essere riconosciuta alle persone umane residenti (stabilmente) la titolarità dei diritti politici<sup>118</sup>: il riconoscimento dei diritti politici a tutti i membri della società potrebbe costituire un passo nella direzione sia della società multiculturale<sup>119</sup> sia dell'esistenza effettiva dei diritti universali della persona umana.

<sup>116</sup> Se ha mai avuto una ragion d'essere, l'articolo 7 della Costituzione, questa è stata legata ad un bilanciamento di "culture" in sede di Assemblea costituente, in funzione di pace e convivenza sociale: oggi, però, se mai, la stessa ragion d'essere imporrebbe la sua eliminazione.

<sup>117</sup> Forse chi legge si attende lunghe giustificazioni (quasi scuse) per quanto affermato, ma a chi scrive pare che il mantenimento di un privilegio, in violazione di un principio di eguaglianza (e laicità) non legittimi la sua considerazione alla stregua di un principio (o valore). Un privilegio può essere un dato di fatto consolidato nel tempo, può essere riuscito ad imporsi nelle forme del diritto, può essere visto come intoccabile da parte (ormai nemmeno più largamente maggioritaria) della società, ma, in una società che si è data fra i valori fondanti l'eguaglianza, non spetta a chi denuncia una disuguaglianza e discriminazione giustificare la sua abolizione, ma a chi la sostiene giustificare il suo mantenimento.

<sup>118</sup> L'estensione del diritto di voto alle persone umane residenti stabilmente si può immaginare come interna all'humus costituzionale, nell'ottica di una interpretazione evolutiva, ma anche "autentica" (nel senso di rispettosa dei valori fondanti della Costituzione stessa) dei principi e delle norme costituzionali (per un approfondimento della questione, sia consentito rinviare a *I diritti dello straniero*).

<sup>119</sup> La persona, come essere contestualizzato (ovvero, compiutamente come persona) ha un diritto di presentare se stessa (con la propria cultura) nella società nella quale vive; al di là dei diritti culturali specificamente riconosciuti,

Non sembra di vedere altra ragione per non procedere in questo senso se non la volontà di autoconservazione del proprio *status* privilegiato, ma se si riconosce tale volontà come capace di prevalere, o (anche solo) di salire su uno dei due piatti della bilancia nel bilanciamento fra diritti, il discorso dei diritti umani non può che rivelarsi unicamente per il suo volto “cattivo” (imperialista), relegando il volto “buono” a irrealizzabile utopia di pochi (o, anche molti, ma senza voce) illusi.

Una storia millenaria e culture diverse hanno riconosciuto (e riconoscono) i diritti umani, con una consapevolezza ed effettività che sembra progressivamente crescere; la via, non facile, ma l'unica percorribile per l'affermazione di diritti che siano per tutti, per le “semplici” persone umane, strumento di liberazione ed emancipazione, è quella che “prende sul serio” la soggettività (e centralità) internazionale della persona umana, l'eguaglianza nel rispetto delle contestualizzazioni e l'universalità (situata) dei diritti.

La presa di coscienza delle ambiguità e delle contraddizioni del passato e del presente è il primo passo per costruire “un altro mondo possibile”, senza cadere né in una ingenuità buonista e visionaria né in un pessimismo paralizzante.

ha un diritto ad essere parte di quella comunità come persona. Non si discute del riconoscimento dei diritti politici agli appartenenti ad una cultura in quanto tali, ma in quanto *anche* tali, non, dunque, di un diritto politico concepito in senso stretto come diritto culturale (non è, infatti, un riconoscimento agli appartenenti ad una cultura, ma un riconoscimento ai residenti), ma di un diritto che può costituire anche una modalità di espressione (riconoscimento) per una cultura, le può consentire visibilità e partecipazione (attraverso, ad esempio, l'inserimento nei processi decisionali nei quali possono essere discusse modalità di riconoscimento e promozione delle culture). Il riconoscimento a tutti i residenti dei diritti politici, è, inoltre, conforme alla prospettiva di una società multiculturale e può essere di ausilio nella sua costruzione in quanto, in generale, permette una espressione e una conoscenza dei “valori diversi”.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, a cura di G. Bossetti, Libri di Reset, Roma, 1999.
- AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2001.
- G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.
- C. AGUITON, *Il mondo ci appartiene. I nuovi movimenti sociali*, Feltrinelli, Milano, 2001.
- M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quaderni costituzionali*, 1995/3, pp. 425 ss.
- M. ALBERTINI, *Lo Stato nazionale*, il Mulino, Bologna, 1997.
- R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997.
- A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, pp. 3209 ss.
- A. ALGOSTINO, "Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio": anche gli albanesi?, in *Politica del diritto*, 1998/1, pp. 25 ss.
- A. ALGOSTINO, *Note sulla titolarità della libertà personale e di circolazione e soggiorno dello straniero extracomunitario*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 23 ss.
- A. ALGOSTINO, *Si alzano le mura della fortezza*, in *Nuvole*, 2002/22, pp. 44 ss. .
- A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 622 ss.
- ALI ABD AL-WAHID WAFI, *I diritti umani e i cinque obiettivi della Shari'a*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 53 ss.
- U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 129 ss.
- U. ALLEGRETTI, *Diritti fondamentali e globalizzazione. Dialogando con Pietro Barcellona (e altri)*, in *Diritto pubblico*, 2002/2, pp. 564 ss.

- U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2002.
- W. AYMAN, *Lo statuto dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico ecclesiale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995/1, pp. 15 ss.
- G. AMBROSETTI, *I diritti umani nella visione cristiana*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 611 ss.
- A. A. AN-NA'IM, *Il Corano, la shari'a e i diritti umani*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 84 ss.
- A. A. AN-NAIM, *Il conflitto tra la Shari'a e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma nell'islam*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 103 ss.
- D. ARCHIBUGI, D. BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- D. ARCHIBUGI, R. FALK, D. HELD, M. KALDOR, *Cosmopolis. E possibile una democrazia sovranazionale?*, manifestolibri, Roma, 1993.
- H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1967), Edizioni di Comunità, Milano, 1997.
- R. ARNOLD, D. BIERMANN, *La disciplina dell'immigrazione in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 644 ss.
- A. ASOR ROSA, *La guerra. Sulle forme attuali della convivenza umana*, Einaudi, Torino, 2002.
- Associazione italiana di diritto comparato (a cura di), AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002.
- M. ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Universidad de Palma de Mallorca, 1982.
- F. AVANZINI, *Universalismo e pluralità delle culture*, in *Fenomenologia e società*, 2000/3, pp. 3 ss.
- G. AZZARITI, *La guerra illegittima*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 19 marzo 2003.
- G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 327 ss.
- L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999.
- L. BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 201 ss.
- B. BADIE, *Les deux États*, Fayard, Paris, 1986, trad. it. *I due stati. Società e potere in Islam e in occidente*, Marietti, Genova, 1990.
- L. BAGOLINI, *Il fondamento dei diritti umani*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, pp. 3 ss.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, *I diritti degli stranieri in Spagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 662 ss.



- A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989.
- A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989.
- A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- E. BALIBAR, *Una cittadinanza "impossibile"?*, in *La rivista del manifesto*, dicembre 2000, pp. 47 ss.
- E. BALIBAR, *Le frontiere della democrazia*, manifestolibri, Roma, 1993.
- A. BARBERA, Art. 2, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.
- A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 293 ss. .
- A. BARBERA, Prefazione a G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998.
- G. Barberini (a cura di), *Chiese e diritti umani. Documenti relativi ai diritti della persona e delle comunità*, ESI, Napoli, 1991.
- F. Barbero (a cura di), AA.VV. *I diritti umani nella Chiesa cattolica. Seminario di studi delle comunità cristiane di base del Piemonte*, Claudiana, Torino, 1981.
- S. BARBIROTTI, *Sistema arabo-islamico e diritti umani*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2001, pp. 452 ss.
- P. BARCELLONA, *Il caso italiano fra economia globale e crisi sociale*, in *Democrazia e diritto*, 1995/2, pp. 99 ss.
- P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Città Aperta, Troina (En), 2001.
- F. BARONCELLI, *Hanno le culture diritti sugli individui? Sul liberalismo olistico di Charles Taylor*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 11 ss. .
- P. BARRERA, *I diritti delle minoranze nel crepuscolo degli stati nazionali*, in *Democrazia e diritto*, 1992/1, pp. 65 ss.
- S. Bartole, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Cedam, Padova, 1998.
- BASSAM TIBI, *Il fondamentalismo religioso*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997.
- BASSAM TIBI, *Europa, campo di addestramento alla democrazia*, in *Reset*, settembre-ottobre 2002, n. 73, pp. 55 ss.
- F. BATTAGLIA *Le carte dei diritti*, II ed. aggiornata, Laruffa, Reggio Calabria, 1998.
- A. Bausani (a cura di), *Il Corano*, Rizzoli, Milano, XXII ed., 2001.
- A. BAUSOLA, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1988/1, pp. 5 ss.
- U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999.
- U. BECK, *Il soldato Ryan e l'era delle guerre postnazionali*, in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, a cura di G. Bosetti, Libri di Reset, Roma, 1999, pp. 68 ss.

- M. G. BELGIORNO - DE STEFANO, *Foulard islamico e Corte europea dei diritti dell'uomo (Modello laico e modelli religiosi di genere di fronte al diritto alla libertà di coscienza e religione)*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2001/9, pp. 73 ss.
- W. BELLO, *Il futuro incerto. Globalizzazione e nuova resistenza*, Baldini&Castoldi, Milano, 2002.
- L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, 2001/3, pp. 131 ss.
- F. BELVISI, *Il diritto di immigrazione come diritto sovranazionale*, in *Democrazia e diritto*, 1997/1, pp. 203 ss.
- F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*, Clueb, Bologna, 2000.
- F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione: com'è possibile l'integrazione sociale? Riflessioni sociologico-giuridiche*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002/4, pp. 11 ss.
- J. BENTHAM, *Il libro dei sofismi*, Editori Riuniti, Roma, 1993.
- E. BERTI, *Per una fondazione filosofica dei diritti umani*, in Id., *Le vie della ragione*, il Mulino, Bologna, 1987, pp. 283 ss.
- G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, pp. 3 ss.
- E. BETTINELLI, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 31 ss.
- E. BIANCHI, *Lo statuto dei senza dignità nell'Antico Testamento*, in *Concilium*, 1979/10, pp. 23 ss.
- L. Bimbi (a cura di), *Not in my name. Guerra e Diritto*, Editori Riuniti, Roma, 2003.
- R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- P. B. BINOCHÉ, *Critiques des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.
- S. BIOLO (a cura di), AA.VV., *L'universalità dei diritti umani e il pensiero cristiano del '500*. Contributi al XLVII Convegno del Centro di Studi Filosofici di Gallarate, settembre 1992, Rosenberg&Sellier, Torino, 1995.
- BITHIKA MUKERJI, *I fondamenti dell'unità e dell'eguaglianza. Una comprensione inù dei diritti umani*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 94 ss.
- E. BLOCH, *L'uomo e il cittadino secondo Marx*, in E. FROMM (a cura di), *Socialist Humanism* (1965), trad. it. *L'umanesimo socialista*, Rizzoli, Milano, 1981, pp. 247 ss.
- N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963.
- N. BOBBIO, *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci (diretto da), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, pp. 296 ss.

- N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, 1979.
- N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- N. BOBBIO, *Il terzo assente*, Sonda, Torino, 1989.
- N. BOBBIO, *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Marsilio, Venezia, 1991.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.
- N. BOBBIO, *Non siate prigionieri dell'antiamericanismo*, in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, a cura di G. Bosetti, Libri di Reset, Roma, 1999, pp. 44 ss.
- L. BOFF, C. BOFF, J. RAMOS REGIDOR, *La chiesa dei poveri. Teologia della liberazione e diritti dell'uomo*, Datanews, Roma, 1999.
- G. BOGNETTI, *I diritti umani nella Costituzione statunitense*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 473 ss.
- G. BOGNETTI, *Diritti dell'uomo*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, V, Torino, 1989, pp. 383 ss.
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- A. BOLAFFI, *Etica moderna e diritto naturale*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 71 ss.
- L. BONANATE, 2001: *la politica interna del mondo*, in *Teoria politica*, 2001/1, pp. 3 ss.
- L. BONANATE, *Il vuoto e il nuovo. Terrorismo e guerra nel mondo attuale*, in *Teoria politica*, 2002/1, pp. 3 ss.
- L. BONANATE, *Processi di democratizzazione e politica internazionale*, intervento (versione provvisoria) al Convegno *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Teramo, 27-28 giugno 2003.
- L. BONANATE, *La politica internazionale fra terrorismo e guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, il Mulino, Bologna, 1994.
- T. BONAZZI (a cura di), *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Marsilio, Venezia, 1999.
- P.C. BORI, *Per un consenso etico tra culture. Tesi sulla lettura secolare delle scritture ebraico-cristiane*, Marietti, Genova, 1991.
- M. BORMANS, *I diritti dell'uomo nel mondo religioso dell'Islam*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 495 ss.
- M. BORRMANS, *Convergenze e divergenze tra la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'Islam*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, pp. 44 ss.
- M. E. BOTERO C., *I diritti dell'uomo e le «condizionalità» democratiche negli strumenti comunitari di cooperazione allo sviluppo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 321 ss.

- M. BOUCHARD, *Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000/1, pp. 19 ss.
- M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione giustizia*, 2001/3, pp. 469 ss.
- M. BOVERO, *Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e cittadinanza*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 233 ss.
- M. BOVERO, *Sette globalizzazioni?*, in *Teoria politica*, 2002/3, pp. 63 ss.
- M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- G. BRONZINI, *Disobbedire, disobbedire, disobbedire. Quando contraddire le leggi costruisce democrazia*, in *Global*, 2003/01, pp. 26 s.
- R. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, trad. it. *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, il Mulino, Bologna, 1997.
- E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996.
- E. BURGOS (a cura di), *Mi chiamo Rigoberta Menchù*, Giunti, Firenze, 1987.
- E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative: in una lettera destinata ad un gentiluomo parigino*, 1790, in *Scritti politici*, Utet, Torino, 1963.
- M. CALAMO SPECCHIA, *Lo status di straniero in Francia: contraddizioni e limiti di una nozione "incompresa"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 678 ss.
- A. CANTARO (a cura di), AA.VV., *Guerra e conflitti, Democrazia e diritto*, 2001/2.
- D. CAPONE, *Correlazione tra diritti e doveri*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 783 ss.
- F. CAPOTORTI, *Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 451 ss.
- A. CAPUTO, *La guerra, la sinistra, le regole*, in *Questione giustizia*, 2000, pp. 37 ss.
- A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, 2002/5, pp. 964 ss.
- J. H. CARENS, *Aliens and Citizens. The Case for Open Borders*, in R. Beiner (edited by), *Theorizing Citizenship*, Albany, 1995, pp. 229 ss.
- J. H. CARENS, *Culture, Citizenship, and Community. A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford University Press, 2000.
- L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988.
- L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, pp. 33 ss.

- L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in N. Ronzitti (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 157 ss.
- P. CARNEVALE, *L'Italia, l'attuale vicenda della guerra irachena e l'art. 11 della Costituzione*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 30 aprile 2003.
- D. CARUSI, *Dignità umana, capacità, famiglia: la giustizia sociale nei più recenti scritti di Martha Nussbaum*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 103 ss.
- T. CASADEI, «Senso del luogo» e tensione universalistica: pluralità delle morali e diritti umani in Michael Walzer, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, pp. 26 ss.
- F. P. CASAVOLA, *Eredità rivoluzionaria e fede cristiana: l'impegno per i diritti dell'uomo*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/1, pp. 19 ss., ora anche in F. P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Cedam, Padova, 1997, pp. 37 ss.
- A. CASSESE, *I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Stabilimento tipografico «Pliniana», Perugia, 1992, pp. 51 ss.
- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- A. CASSESE, *Le cinque regole per una guerra giusta*, intervista, in *L'Unità*, 9 aprile 1999 e in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, a cura di G. Bosetti, Libri di Reset, Roma, 1999, pp. 25 ss.
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- E. CASSIRER, *In difesa del diritto naturale*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 91 ss.
- C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani e identità culturale*, in *Minorigiustizia*, 1999/3, pp. 140 ss.
- D. CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, ESI, Napoli, 1996.
- A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000.
- A. CATELANI, *Sovranità degli Stati e autodeterminazione dei popoli*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 55 ss.
- M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffrè, Milano, 1962.
- M. A. CATTANEO, *Diritti dell'uomo, non diritti delle culture*, in *Sociologia del diritto*, 2002/1, pp. 9 ss.
- M. CAVINO, *La tutela dei diritti umani tra sovranità buona e sovranità cattiva nello statuto della corte penale internazionale*, in Associazione italiana di diritto comparato, *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 667 ss.
- S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, il Mulino, Bologna, 2001.
- S. CECCANTI, *Francia. Il Senato approva definitivamente la legge sul velo. Una soluzione non convincente, soprattutto per presidi e giudici*, in <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/telescopio.html>, marzo 2004.

- E. CECCHERINI, *Meccanismi istituzionali a garanzia delle identità culturali nelle recenti Costituzioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-IV, pp. 1697 ss.
- E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2002.
- L. CEPPEA, *I contenuti etici della democrazia habermasiana*, in *Teoria politica*, 2001/1, pp. 47 ss.
- F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Laterza, Roma-Bari, IX ed., 1997.
- M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Les étrangers et le droit de vote*, in *Le Monde diplomatique*, Janvier 2000, p. 32.
- G. CHIESA, VAURO, *Afghanistan, anno zero*, Guerini e Associati, Milano, 2001.
- N. CHOMSKY, *The New Military Humanism. Lessons from Kosovo*, Common Courage Press, Monroe, ME, 1999.
- N. CHOMSKY, *L'alibi umanitario*, in *la Repubblica*, 25 aprile 1999, p. 15.
- N. CHOMSKY, *Rogue States. The Rule of Force in World Affairs*, 2000, trad. it. *Egemonia americana e «stati fuorilegge»*, Dedalo, Bari, 2001.
- D. COHN-BENDIT, T. SCHMID, *Patria Babilonia. La sfida della democrazia multi-culturale*, Theoria, Roma-Napoli, 1994.
- V. COLOMBO, G. GOZZI (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, il Mulino, Bologna, 2003.
- P. COMANDUCCI, *Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 32 ss.
- P. COMANDUCCI, *Quali minoranze? Quali diritti? Prospettive di analisi e classificazione*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000, pp. 47 ss.
- F. COMPAGNONI, *Diritti dell'uomo*, in F. Compagnoni, G. Piana, S. Privitera (a cura di), *Nuovo dizionario di teologia morale*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 1990, pp. 218 ss.
- F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1995.
- F. COMPAGNONI, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti dell'uomo. Prospettive teologiche*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 21 ss.
- D. COMPOSTA, *I diritti umani dal Medioevo all'età moderna*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 165 ss.
- D. COMPOSTA, *L'ordinamento giuridico-canonico e il problema dei diritti umani*, in D. Castellano (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, ESI, Napoli, 1996, pp. 35 ss.
- G. CONCETTI, *I criteri per determinare i diritti umani*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 655 ss.
- G. CONCETTI (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982.
- G. CONSO, *Ad un anno dall'approvazione dello Statuto di Roma istitutivo della Corte criminale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 1999, pp. 797 ss.

- G. CONSO, U. VILLANI, *Verso la Corte Penale Internazionale Permanente e Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, Aracne, Roma, 2003.
- C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.
- L. CORSO, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, il Mulino, Bologna, 2001.
- M. COSSUTTA, *Stato e nazione. Un'interpretazione giuridico-politica*, Giuffrè, Milano, 1999.
- P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 2, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3, *La civiltà liberale*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- S. COTTA, *Il fondamento dei diritti umani*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 645 ss.
- B. CROCE, *La religione della libertà. Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Cotroneo, SugarCo Edizioni, Milano, 1986.
- C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, IV, Mucchi Editore, Modena, 1989, pp. 1341 ss.
- F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 33 ss.
- F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996.
- A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003.
- A. D'ATENA, E. LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Carocci, Roma, 1998.
- R. DAHL, *Democracy and his Critics*, New Haven, 1989, trad. it. *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1990.
- R. A. DAHL, *Considerazioni sulla democraticità della Costituzione americana*, in T. Bonazzi (a cura di), *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 105 ss.
- R. A. DAHL, *On Democracy*, 1998, trad. it. *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- R. DAHRENDORF, *Economic opportunity, civil society, and political liberty*, 1995, trad. it. *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2004.

- G. DALLA TORRE, *I diritti umani nell'ordinamento della Chiesa*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 529 ss.
- G. DALLA TORRE, *Persona diritti cittadinanza*, in *Iustitia*, 1997/3, pp. 237 ss.
- G. DALLA TORRE, *Il fondamento dei diritti umani*, in *Universitas*, n. 69, 1998, pp. 27 ss.
- F. DASSETTO, *I molti modi di leggere il multiculturalismo*, in *il Mulino*, 2001/2, pp. 345 ss.
- G. DE DONATO, G. MICHELINI, *La Corte penale internazionale e il suo Statuto*, in *Questione giustizia*, 1998/4, pp. 975 ss.
- C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Politica del diritto*, 2000, pp. 225 ss.
- C. DE FIORES, *«L'Italia ripudia la guerra»? La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Ediesse, Roma, 2002.
- C. DE FIORES, *L'intervento militare in Afghanistan. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, in *Politica del diritto*, 2002, pp. 79 ss.
- C. DE FIORES, *Una guerra contro la Costituzione*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 26 marzo 2003.
- B. DE LAS CASAS, *La leggenda nera. Storia proibita degli spagnoli nel Nuovo Mondo*, Feltrinelli, Milano, 1972.
- B. DE LAS CASAS, *Brevissima Relación de la Destrucción de las Indias (1552)*, trad. it. *Brevissima relazione della distruzione delle Indie*, Mondadori, Milano, 1996.
- J. DE LUCAS, *Multiculturalismo e tolleranza: alcuni problemi*, in *Ragion pratica*, 1995/5, pp. 53 ss.
- J. DE LUCAS, *Perché sono rilevanti le rivendicazioni giuridico-politiche delle minoranze*, in *Ragion pratica*, 1998/1, pp. 59 ss.
- J. DE LUCAS, *Globalizzazione e immigrazione. L'immigrazione come «res politica»: diritti, cittadinanza, sovranità*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, pp. 13 ss.
- J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France (1796)*, présenté par J. Tulard, Garnier, Paris, 1980.
- J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques (1814)*, trad. it. *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane*, Milano, 1975.
- J. DE MAISTRE, *Les soirées de Saint-Petersbourg, ou Entrétiens sur le gouvernement temporel de la Providence* (postuma, 1821), trad. it. *Le serate di Pietroburgo*, Rusconi, Milano, 1986.
- B. de Sousa Santos (a cura di), *Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003.
- A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997.
- G. DE VERGOTTINI, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, 1995/1-2, pp. 9 ss.
- G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998.



- G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, pp. 124 s.
- G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2002/1, pp. 19 ss.
- G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, relazione al Convegno annuale AIC, Milano, 17-18 ottobre 2003.
- F. DE VITORIA, *Relectio de Indis. La questione degli Indios* (1539), nell'edizione latino-italiano, curata da A. Lamacchia e ripresa dalla edicion critica bilingue por L. Pereña y J. M. Perez Prendes (*Relectio de Indis o libertad de los Indios*, Consejo superior de investigaciones científicas, Madrid, 1967), Levante Editori, Bari, 1996.
- G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e morale*, 2000, pp. 1097 ss.
- A. DEL VECCHIO, *Corte Penale Internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi della sovranità degli Stati*, in *Comunità Internazionale*, 1998, pp. 630 ss.
- G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*, Tipografia della gioventù, Genova, 1903.
- S. DELLAVALLE, *Il problema dell'universalità dei diritti umani*, intervento al ciclo di conferenze "In difesa dei diritti umani: storia di un cinquantennio", Torino, 11 novembre 1999.
- S. DELLAVALLE, *Oltre la cittadinanza. Considerazioni sulla dimensione universale dei diritti umani e sui presupposti normativi della loro attuazione*, in *Teoria politica*, 2000/1, pp. 53 ss. .
- A. Demandt (a cura di), *Macht und Recht - Große Prozesse in der Geschichte*, 1990, trad. it. *Processare il nemico*, Einaudi, Torino, 1996.
- E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- E. DENNINGER, *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, relazione al Convegno annuale AIC, Milano, 17-18 ottobre 2003.
- A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Giuffrè, Milano, 1988.
- A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, 1995/3, pp. 399 ss.
- A. DI GIOVINE, *Garanzie costituzionali della libertà dei non credenti*, in *Rivista giuridica sarda*, 2001/2, pp. 599 ss.
- A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-I, pp. XIII ss.
- A. DI GIOVINE, *Democrazia con e senza qualità*, in *Nuvole*, 2001/19, p. 11.
- A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Resistenza costituzionale*, in *Nuvole*, 2001/18, pp. 1 ss.

- E. DIENI, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, pp. 217 ss.
- M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.
- M. DOGLIANI, *I diritti che sono di ogni uomo*, in *Confini*, 1999/3, pp. 4 ss.
- M. DOGLIANI, *I diritti umani tra diritto naturale e diritto positivo*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2001, pp. 119 ss.
- M. DOGLIANI, S. SICARDI (a cura di), *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- D. DONAT-CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale: riflessioni a margine della Conferenza diplomatica dell'ONU*, in *Comunità Internazionale*, 1998, pp. 703 ss.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982.
- S. EISENSTADT, *Le trasformazioni della sfera pubblica nelle società musulmane*, in *MondOperato*, n. 6, novembre-dicembre 2002, pp. 62 ss.
- A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- F. FANON, *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962.
- G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, *Antichità e Medioevo*, il Mulino, Bologna, 1966.
- G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, il Mulino, Bologna, 1968.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263 ss.
- L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998/2, pp. 3 ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 119 ss.
- L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 277 ss.
- L. FERRAJOLI, *Per una sfera pubblica del mondo*, in *Teoria politica*, 2001/3, pp. 3 ss.
- L. FERRAJOLI, *La guerra e il futuro del diritto internazionale*, in L. Bimbi (a cura di), *Not in my name. Guerra e Diritto*, Editori Riuniti, Roma, 2003, pp. 226 ss.
- L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 179 ss.

- G. FERRARA, *Ripudio della guerra, rapporti internazionali dell'Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 17 marzo 2003.
- M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000.
- G. F. FERRARI, *Nazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, 1997.
- G. FILIBECK, *I diritti umani nell'insegnamento di Giovanni Paolo II: fondamenti e principi*, in *Iustitia*, 1999/2, pp. 175 ss.
- G. FILIBECK (a cura di), *I diritti dell'uomo nell'insegnamento della Chiesa: da Giovanni XXIII a Giovanni Paolo II. Raccolta di testi del magistero della Chiesa cattolica*, LEV, Città del Vaticano, 2001.
- J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, trad. it. *Legge naturale e diritti naturali* (a cura di F. Viola), Giappichelli, Torino, 1996.
- M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991.
- G.M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Politica del diritto*, 2003/2, pp. 143 ss.
- P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, pp. 191 ss.
- R. FORST, *I limiti della tolleranza*, in *Teoria politica*, 2001/2, pp. 3 ss.
- FU'AD ZAKARIYA, *Filosofia dei diritti dell'uomo e mondo musulmano*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 155 ss.
- F. FUKUYAMA, *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.
- G. GAJA, *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici*, in E. Vitta, V. Grementieri, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 55 ss.
- E. GALEANO, *Memoria del fuoco, I – Le origini*, Rizzoli, Milano, 1997.
- A. E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli, 1994.
- A. E. GALEOTTI, *I diritti collettivi*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000, pp. 30 ss.
- A. E. GALEOTTI, *Genere e culture altre*, paper presentato in occasione della lezione dal titolo *I nodi delle nuove minoranze. Il caso delle mutilazioni genitali femminili*, per il ciclo di Seminari Crocevia: *immigrazione, emigrazione, migrazione interna*, Torino, 7 aprile 2004.
- C. GALLI, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, Ed. 2003.
- D. GALLO, *Teoria e pratica dell'ingerenza umanitaria nel conflitto del Kosovo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1999/3, pp. 41 ss.
- A. GAMBINO, *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Editori Riuniti, Roma, 2001.
- R. GARAUDY, *I diritti dell'uomo e l'Islam*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 68 ss.

- E. GARZÓN VALDÉS, *Diritti umani e minoranze*, in *Ragion pratica*, 1994/2, pp. 55 ss.
- E. GARZÓN VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, il Mulino, Bologna, 2003.
- R. GATTI, *Democrazia in transizione*, agrilavoro edizioni, Roma, 1997.
- C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, il Mulino, Bologna, 1999.
- E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1997.
- F. GENTILE, *I diritti dell'uomo nella critica marxiana dell'emancipazione politica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, pp. 571 ss.
- M. GIANNI, *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1997/3, pp. 495 ss.
- M. GIANNI, *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, pp. 3 ss.
- A. Giasanti, G. Maggioni, *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995.
- C. GIBSON, M. CARMAGNANI, J. ODDONE, *L'America Latina*, Utet, Torino, 1976.
- A. GIDDENS, *Runaway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, London, 1999, trad. it. *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, il Mulino, Bologna, 2000.
- G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1997.
- G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- G. GOZZI, *Le carte dei diritti nel mondo islamico*, in V. Colombo, G. Gozzi (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 209 ss.
- A. GRAMSCI, *Legalità*, ora in *Socialismo e fascismo (l'Ordine nuovo, 1921-1922)*, Einaudi, Torino, 1966.
- E. GREBLO, *Globalizzazione e diritti umani*, in *Filosofia politica*, 2000/3, pp. 421 ss.
- E. GREBLO, *Dai diritti alle capacità. L'universalismo contestuale di Martha Nussbaum*, in *Filosofia politica*, 2002/2, pp. 249 ss.
- E. GREBLO, *Guerra senza frontiere. Il terrorismo globale*, in *Filosofia politica*, 2002/3, pp. 411 ss.
- P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972.
- E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997.
- E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IV ed., XV, Utet, Torino, 2000, pp. 156 ss.
- U. GROZIO, *I prolegomeni al De jure belli ac pacis*, trad. it. di S. Catalano, Palumbo, Palermo, 1948.

- C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, il Mulino, Bologna, 1997.
- R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 43 ss.
- A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001.
- A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei «conflitti culturali»*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 871 ss. .
- A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 1993/3, pp. 3 ss.
- P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. Luciani (a cura di), *La democrazia di fine secolo*, Laterza, Bari, 1994, pp. 95 ss.
- P. HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, 2004, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni>, maggio 2004.
- J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992.
- J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996.
- J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999.
- J. HABERMAS, *Umanità e bestialità: una guerra ai confini tra diritto e morale*, in AA. VV., *L'ultima crociata. Ragioni e torti di una guerra giusta*, Reser, Roma, 1999, pp. 74 ss.
- J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998.
- HAMIDA AL-NAYFAR, *Diritti dell'uomo, diritti della comunità e diritti di Dio*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 77 ss.
- M. HARDT, T. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano, 2001.
- D. HELD, A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, il Mulino, Bologna, 2001.
- A. HELLER, *Oltre la giustizia*, il Mulino, Bologna, 1990.
- H. HELLER, *La dottrina dello Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.
- T. HOBBS, *Leviathan, or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civill* (1651), trad. it. *Leviatano*, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1998.

- O. HÖFFE, *Abbiamo bisogno di una repubblica federale mondiale? Principi morali per una comunità giuridica internazionale*, in *Ragion pratica*, 2001/16, pp. 117 ss.
- W. HUBER, *I diritti dell'uomo. Concetto e storia*, in *Concilium*, 1979/4, pp. 21 ss.
- S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000.
- M. IGNATIEFF, *Human rights as politics and idolatry* (2001), trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003.
- F. INGRAVALLE, *Relativismo oggi*, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, pp. 52 ss.
- G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, (1895) 1927, trad. it. (a cura di D. Nocilla), *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Giuffrè, Milano, 2002.
- H.H. JESCHECK, *La Corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto*, in *L'indice penale*, 2000/1, pp. 297 ss.
- M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, Carocci, Roma, 1999.
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1961.
- H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Etaslibri, Milano 1994.
- H. KELSEN, *Diritto naturale senza fondamento*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 116 ss.
- M. KHATAMI, *Religione, libertà e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995, trad. it. *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna, 1999.
- M. KOENIG-ARCHIBUGI, *Il governo dei processi globali: attori e istituzioni della global governance*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, pp. 137 ss.
- M. KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1992, pp. 3 ss.
- H. KÜNG, *Verso un'etica delle religioni universali. Problemi fondamentali dell'etica contemporanea in un orizzonte globale*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 128 ss.
- La Bibbia di Gerusalemme*, Centro editoriale dehoniano, Bologna, 1985.
- S. LABRIOLA, *L'emergenza per la lotta al terrorismo internazionale e i diritti fondamentali della persona (prime osservazioni)*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 279 ss.
- A. LAMACCHIA, *Francisco de Vitoria: i diritti umani nella Relectio De Indis*, in S. Biolo (a cura di), AA.VV., *L'universalità dei diritti umani e il pensiero cristiano del '500*. Contributi al XLVII Convegno del Centro di Studi Filosofici di Gallarate, settembre 1992, Rosenberg&Sellier, Torino, 1995, p. 105 ss.
- A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 698 ss.
- M. L. LANZILLO, *Tolleranza*, il Mulino, Bologna, 2001.
- S. LATOUCHE, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris, 1989, trad. it. *L'occidentalizzazione del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

- S. LATOUCHE, *L'Islam e la sfida dell'«altra» mondializzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2003/4, pp. 90 ss.
- F. LATTANZI, *Struttura dei rapporti internazionali e limiti dei procedimenti di garanzia istituiti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 57 ss.
- F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Giappichelli, Torino, 1997.
- R. LA VALLE, *Gli anni '90, la restaurazione di fine secolo*, in L. Bimbi (a cura di), *Not in my name. Guerra e Diritto*, Editori Riuniti, Roma, 2003, pp. 185 ss.
- L. LEANTE, *Il contagio occidentale e lo scontro delle civiltà*, in *il Mulino*, gennaio-febbraio 1998, pp. 19 ss.
- J. LECA, *Nazionalità e cittadinanza nell'Europa delle immigrazioni*, in AA.VV., *Italia, Europa e nuove immigrazioni*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1990, pp. 201 ss.
- G. LEFEBVRE, *Quatre-vingt-neuf* (1939), trad. it. *L'Ottantanove*, Einaudi, Torino, 1975.
- T. LEPORATI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Uno strumento di giustizia*, Centro di Iniziativa per l'Europa del Piemonte, Torino, 2002.
- L. LEVI, *Lettture su stato nazionale e nazionalismo*, Celid, Torino, 1995.
- C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, Feltrinelli, Milano, 1969.
- J. LIMBURG, *Diritti umani nell'Antico Testamento*, in *Concilium*, 1979/4, pp. 48 ss.
- J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo* (1690), in J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, Torino, 1982.
- J. LOCKE, *Epistola de Tolerantia*, 1689, trad. it. *Lettera sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 1998.
- G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Universalità dei diritti di quale uomo?*, in F. D'Agostino (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 79 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell'uomo e diritto pleromatico*, in *Ragion pratica*, 2002/18, pp. 155 ss.
- M. G. LOSANO, *Contro la società multietnica*, in *MicroMega*, 1991/5, pp. 7 ss.
- M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- N. M. LOSS, *La dignità dell'uomo nella dottrina biblica*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 41 ss.
- M. LUCIANI, *Diritti costituzionali e diritti umani. Una difficile sovrapposizione*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Stabilimento tipografico «Pliniana», Perugia, 1992, pp. 101 ss.
- M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia di fine secolo*, Laterza, Bari, 1994.

- M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 ss.
- M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, pp. 1005 ss.
- N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1999, trad. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002.
- S. LUKES, *Cinque favole sui diritti umani*, in S. Shute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Garzanti, Milano, 1994, pp. 31 ss.
- S. LUKES, *Can a Marxist Believe in Human Rights?*, in Id., *Moral Conflict and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 173 ss.
- J. LUTHER, *L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1991/2, pp. 329 ss.
- C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, ISEDI, Milano, 1973.
- J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1942, trad. it. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1953.
- G. MARSICO, *Profili storico-ricostruttivi del concetto di diritti-umani*, in A. M. Revedin (a cura di), *Diritti dell'uomo e ideologie contemporanee*, Cedam, Padova, 1988, pp. 249 ss. .
- K. MARX, *Zur Judenfrage* (1843), trad. it. *Sulla questione ebraica*, in *La questione ebraica*, Editori Riuniti, Roma, 1991.
- MASAJI CHIBA, *Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale*, in *Sociologia del diritto*, 1999/3, pp. 73 ss.
- A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-IV, pp. 1612 ss.
- A. MASTROPAOLO, *L'implosione della democrazia globalizzata*, in *Teoria politica*, 2003/2-3, pp. 171 ss.
- N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, *Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1976.
- N. MATTEUCCI, *La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo*, in T. Bonazzi (a cura di), *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 29 ss.
- M. MAZZA, *Messico. Pubblicata, tra molte polemiche, la contestata legge su diritti e cultura degli indigeni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-IV, pp. 1772 ss.
- M. MAZZA, *I diritti degli aborigeni nel mondo contemporaneo*, in Associazione italiana di diritto comparato, *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio – 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427 ss.
- E. MAZZARELLA, *Sacralità della vita e santità delle decisioni*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, introduzione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2001, pp. 89 ss.



- T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.
- M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I diritti umani nella Costituzione italiana*, in D. Castellano (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, ESI, Napoli, 1996, pp. 91 ss.
- R. MAZZOLA, *Profili generali dei diritti culturali in una prospettiva giuridico-politica*, in *l'Ateneo*, 1999/1, pp. 17 ss. .
- C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York, 1947, trad. it. a cura di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990.
- P. MENGOZZI, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dizionario di politica* (diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), Utet, Torino, 1983, pp. 327 ss.
- N. MERKER, *Il sangue e la terra. Due secoli di idee sulla nazione*, Editori Riuniti, Roma, 2001.
- J.C. MERLE, *Liberalismo e diritto d'immigrazione. Una contraddizione e un dilemma dell'attuale teoria liberale*, in *Ragion pratica*, 2002/18, pp. 291 ss.
- S. MOLLER OKIN, *Un conflitto sui diritti fondamentali? I diritti umani delle donne, la formazione dell'identità e le differenze culturali e religiose*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 1997, pp. 5 ss.
- V. MONETTI, *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*, in *Questione giustizia*, 2002/1, pp. 51 ss.
- P. MORI, *L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2001.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976.
- C. MORTATI, *Sulla dichiarazione dei diritti – Considerazioni generali*, 1946, in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, il Mulino, Bologna, 1979.
- C. MURGIA, *Meno libertà più sicurezza?*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 297 ss. .
- B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.
- C. S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- D. NOCILLA, *Introduzione* a G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. V ss.
- M. C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2001.
- M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2002.
- G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umrib*, Duncker&Humblot, Berlin, 1978, trad. it. G. Gozzi (a cura di), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- K. OHMAE, *La fine dello Stato-nazione. L'emergere delle economie regionali*, Baldini&Castoldi, Milano, 1996.
- V. ONIDA, *Guerra, diritto, costituzione*, in *il Mulino*, 1999, pp. 958 ss.

- P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, in *Democrazia e diritto*, 1989/6, pp. 303 ss.
- R. ORRÙ, *I diritti e le libertà fondamentali dell'uomo in Africa tra consacrazione costituzionale e garanzia sovranazionale*, in Associazione italiana di diritto comparato, *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio - 2 giugno 2001, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 487 ss.
- S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990.
- A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Diritto pubblico*, 2003/3, pp. 887 ss.
- E. PACE, *La Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/2, pp. 27 ss.
- E. PACE, *Le grandi religioni mondiali e la moderna cultura dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2001/16, pp. 97 ss. .
- A. PACINI (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998.
- A. PACINI, *Introduzione. L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, in Id. (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 1 ss. .
- T. PAINE, *The Rights of Man, I-II (1791-1792)*, trad. it. *I diritti dell'uomo e altri scritti politici* (a cura di T. Magri), Editori Riuniti, Roma, 1978.
- E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Giappichelli, Torino, 2002.
- G. PALOMBARINI, *I diritti e l'Europa*, in *criticaMarxista*, 1998/6, pp. 64 ss.
- G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- R. PANIKKAR, *La torre di Babele. Pace e pluralismo*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (FI), 1990.
- R. PANIKKAR, *È universale il concetto di diritti dell'uomo?*, in *Volontari e Terzo Mondo*, 1990/12, pp. 24 ss.
- A. PAPISCA, *Riflessioni sul diritto internazionale dei diritti umani, diritto panumano*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/2, pp. 19 ss.
- A. PAPISCA, *Diritti umani*, in *Dizionario delle idee politiche* (diretto da E. Berti, G. Campanini), Editrice AVE, Roma, 1993, pp. 189 ss.
- E. PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2001/16, pp. 63 ss.
- V. E. PARSI, *La costituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziali*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 145 ss.
- C. PASQUINELLI, *Donne africane in Italia (Mutilazioni dei genitali femminili, identità di genere e appartenenza etnica)*, in *Questione giustizia*, 2001/3, pp. 487 ss.

- A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980.
- B. PASTORE, *Sui fondamenti etico-giuridici della Corte penale internazionale*, in *Dir. e soc.*, 2000/1, pp. 83 ss.
- G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993.
- A. PENNA, *I diritti umani nel Vecchio Testamento*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice AVE, Roma, 1982, pp. 61 ss.
- C. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*, Guida editori, Napoli, 1973.
- C. PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Diritto pubblico*, 1999, pp. 61 ss.
- A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- A. PIRNI, *Il mondo in frammenti e il collante antropologico. Politica e antropologia nel pensiero di Clifford Geertz*, in *Fenomenologia e Società*, 2000/3, pp. 76 ss.
- T. PITCH, *L'antropologia dei diritti umani*, in A. Giasanti, G. Maggioni, *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995, pp. 177 ss.
- T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Questione giustizia*, 2001/3, pp. 502 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 296 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, pp. 527 ss.
- A. PIZZORUSSO, *I diritti degli individui, dei gruppi e delle minoranze*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000, pp. 68 ss.
- G. POGGESCHI, *Il velo islamico in Francia: un problema di una società multietnica*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, pp. 287 ss. .
- Pontificia commissione Iustitia et pax, *La Chiesa e i diritti dell'uomo*, Pontificia commissione Iustitia et pax, Città del Vaticano, 1975.
- K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, 1973.
- P. P. PORTINARO, *Il futuro dello stato nell'età della globalizzazione. Un bilancio di fine secolo*, in *Teoria politica*, 1997/3, pp. 17 ss.
- G. PUGLIESE, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, pp. 19 ss.
- RAJA BAHULUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 617 ss.
- I. RAMONET, *Il mondo che non vogliamo. Guerre e mercati nell'era globale*, Mondadori, Milano, 2003.
- B. RANDAZZO, *L'insegnante col velo alla Corte di Karlsruhe*, in *Quaderni costituzionali*, 2004/1, pp. 147 ss.
- A. RASHID, *Talebani. Islam, petrolio e il Grande scontro in Asia centrale*, Feltrinelli, Milano, 2001 .

- T. RAVAZZOLO, *Considerazioni intorno all'universalità dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1992/1, pp. 47 ss.
- J. RAWLS, *A theory of justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997.
- J. RAWLS, *La legge dei popoli*, in S. Shute, S. Hurley (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Garzanti, Milano, 1994, pp. 54 ss.
- J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999.
- G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990.
- G. REBUFFA, *Introduzione all'edizione italiana*, in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 9 ss.
- G. U. RESCIGNO, *Riflessioni di un giurista sulla guerra e sulla pace*, in *Quaderni costituzionali*, 1999/2, pp. 376 ss.
- G. U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, pp. 37 ss.
- G. U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto pubblico*, 2000/3, pp. 751 ss.
- A. M. REVEDIN (a cura di), *Diritti dell'uomo e ideologie contemporanee*, Cedam, Padova, 1988.
- A. M. REVEDIN, *Critica metodologica e critica ideologica del concetto di diritti umani: Bentham e Marx*, in A. M. Revedin (a cura di), *Diritti dell'uomo e ideologie contemporanee*, Cedam, Padova, 1988, pp. 297 ss.
- M. REVELLI, *L'ultima guerra del secolo*, in *Teoria politica*, 1999/2-3, pp. 357 ss.
- M. REVELLI, *La globalizzazione. Definizioni e conseguenze*, in *Teoria politica*, 2002/3, pp. 45 ss.
- RIDWAN AL-SAYYID, *Il pensiero musulmano contemporaneo e i diritti dell'uomo: pluralità di posizioni e confronto con l'Occidente*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 137 ss.
- A. RIGOBELLO, *Persona*, in *Dizionario delle idee politiche* (diretto da E. Berti, G. Campanini), Editrice AVE, Roma, 1993, pp. 619 ss.
- F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, per ora in <http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it>, febbraio 2004.
- F. RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo, ovvero dei nodi che giungono sempre al pettine...*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicità>, 6 marzo 2004.
- E. RIPEPE, *Riforma della Costituzione o assalto alla Costituzione? (e altre riflessioni in pubblico)*, Cedam, Padova, 2000.
- S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- S. RODOTÀ, *Il nuovo impero dei diritti*, in *Il sole 24 ore*, 11 aprile 1999, p. 37.
- S. RODOTÀ, *Per la globalizzazione dei diritti*, in *MicroMega*, 2001/2, pp. 156 ss.
- G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, pp. 417 ss.

- B. ROMANO, *Emancipazione e violenza. A proposito dei diritti dell'uomo nella Iudenfrage di Marx*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1982, pp. 595 ss.
- S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, pp. 111 ss.
- N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 1998.
- N. RONZITTI (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2000.
- C. ROSSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Einaudi, Torino, 1997.
- H. RUIZ FABRI, *Diritti dell'uomo e sovranità dello Stato: le frontiere sono state sostanzialmente ridefinite?*, in *Ragion pratica*, 2004/22, pp. 49 ss.
- N. ROULAND, *I fondamenti antropologici dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1998/2, pp. 245 ss.
- J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Amsterdam, trad. it. *Il contratto sociale*, Rizzoli, Milano, 1986.
- A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 343 ss.
- G. E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Einaudi, Torino, 2000.
- C. SALAZAR, «Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Politica del diritto*, 2001/3, pp. 373 ss.
- M. L. SALVADORI, *Potere e libertà nel mondo moderno. John C. Calhoun: un genio imbarazzante*, Laterza, Roma-Bari, 1996.
- SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *I movimenti dell'attivismo islamico, la legge islamica e i diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, pp. 461 ss.
- G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1997/3, pp. 477 ss.
- G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Rizzoli, Milano, 2000.
- S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, Il Saggiatore, Milano, 2002.
- D. SCAIOLA, *I diritti dell'uomo nella Bibbia*, in P. Da nuvola, F. Monaco (a cura di), *Diritti umani*, Edizioni Piemme, Casale Monferrato (AL), 1995, pp. 11 ss.
- M. SCALABRINO, *La carta asiatica sui diritti dell'uomo: nota informativa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, pp. 747 s.
- C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- A. SEN, *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Mondadori, Milano, 2004.
- S. SESENE, *Diritto d'asilo e democrazia*, in *Questione giustizia*, 1995/4.

- S. SENESE, *L'insanabile contraddizione tra guerra e tutela dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 1999/3, pp. 393 ss.
- S. SENESE, *La protezione internazionale dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2000/4, pp. 768 ss.
- S. SENESE, *Una Carta da giocare*, in *il manifesto*, giovedì 4 maggio 2000, p. 12.
- C. SERFATI, *Globalizzazione e militarismo*, in *Democrazia e diritto*, 2003/4, pp. 76 ss.
- T. SERRA, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino, 2002.
- S. SHUTE, S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Garzanti, Milano, 1994.
- S. SHUTE, S. HURLEY, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Garzanti, Milano, 1994, pp. 11 ss.
- S. SICARDI, *Protestantesimo, potere politico, libertà di coscienza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 1585 ss.
- A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in *Diritto e società*, 1991, pp. 453 ss.
- A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione»*, in *Politica del diritto*, 1998, pp. 441 ss.
- G. SPERDUTI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 1950, pp. 216 ss.
- J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2003.
- S. STRANGE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996, trad. it. *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, il Mulino, Bologna, 1998.
- L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, 1953, trad. it. *Diritto naturale e storia*, il melangolo, Genova, 1990.
- SULAK SIVARAKSA, *I diritti umani nel contesto di una soluzione globale dei problemi. Una prospettiva buddista*, in *Concilium*, 1990/2 (*Etica delle religioni universali e diritti umani*), pp. 103 ss.
- L. SWIDLER, *Diritti umani: una panoramica storica*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 30 ss.
- C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 9 ss.
- G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke*, Giuffrè, Milano, 1988.
- D. TEGA, *Africa. La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha finalmente visto la luce. Un nuovo tassello nel sistema universale di protezione dei diritti*, in <http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/telescopio.html>, febbraio 2004.
- T. TODOROV, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine* (1989), trad. it. *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Einaudi, Torino, 1991.

- T. TODOROV, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre* (1982), trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'«altro»*, Einaudi, Torino, 1992.
- A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione e condizione degli stranieri nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003-II, pp. 781 ss.
- A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Fayard, Paris, 1997, trad. it. *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, il Saggiatore, Milano, 1998.
- F. TUCCARI, *La nazione*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- W. ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo*, il Mulino, Bologna, 1972.
- R. VÁZQUEZ, *Diritti delle minoranze e tolleranza*, in *Ragion pratica*, 1998/10, pp. 197 ss.
- S. VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997.
- S. VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- S. VECA, *I diritti umani e la priorità del male*, in M. IGNATIEFF, *Human rights as politics and idolatry* (2001), trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 101 ss.
- C.A. VIANO, *John Locke. Dal razionalismo all'Illuminismo*, Einaudi, Torino, 1960.
- C.A. VIANO, *Il pensiero politico di Locke*, Laterza, Roma-Bari, 1997.
- C. VIGNA, *Multiculturalismo e universalità*, in *Ragion pratica*, 2001/16, pp. 87 ss.
- U. VILLANI, *I diritti degli stranieri negli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Studi senesi*, 1987/1, pp. 105 ss.
- U. VILLANI, *Attuazione e sviluppi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Ragion pratica*, 1998/11, pp. 17 ss.
- F. VIOLA, *Diritti dell'uomo. Diritto naturale. Etica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989.
- F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997.
- F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.
- F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2003/20, pp. 33 ss.
- M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriottismo e nazionalismo nella storia*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
- E. VITALE, *“Valori asiatici” e diritti umani: l'overlapping consensus alla prova*, in *Teoria politica*, 1999, pp. 313 ss.
- E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- E. VITALE (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000.
- E. VITALE, *Rivendicazioni etnoculturali e nazionalismi. Una prospettiva laica*, in *Teoria politica*, 2001/2, pp. 75 ss.
- A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, pp. 854 ss.

- J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001.
- K. WALF, *Vangelo, diritto canonico e diritti umani. Fondazione e carenze*, in *Concilium*, 1990/2, pp. 55 ss.
- WALID SAYF, *Diritti dell'uomo e ritorno alle origini dell'Islam*, in A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, pp. 63 ss.
- M. WALZER, *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*, New York, 1983, trad. it. *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.
- M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Liguori, Napoli, 1990.
- M. WALZER, *Due specie di universalismo*, in *MicroMega*, 1991/1, pp. 127 ss.
- M. WALZER, *Giusta o ingiusta? Considerazioni sul carattere morale della guerra del golfo*, Anabasi, Milano, 1992.
- M. WALZER, *L'idea di guerra giusta non va abbandonata* (intervista di G. Bosetti), in AA. VV., *L'ultima crociata. Ragioni e torti di una guerra giusta*, Reset, Roma, 1999, pp. 51 ss.
- M. WALZER, *On Toleration* (1997), trad. it. *Sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- M. WALZER, *Quali diritti per le comunità culturali?*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg&Sellier, Torino, 2000, pp. 21 ss.
- M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it. *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981.
- S. WEIL, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'homme*, 1949, trad. it. *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano*, SE, Milano, 1990.
- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
- C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989.
- C. ZANGHÌ, *Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1999/2, pp. 378 ss.
- G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, il Mulino, Bologna, 1992.
- H. ZINN, *Disobbedienza e democrazia*, il Saggiatore, Milano, 2003.
- D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 3 ss.
- D. ZOLO, *Sotto le macerie finisce il diritto internazionale*, in *l'Unità*, 15 maggio 1999.
- D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei «diritti fondamentali»*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 64 ss.



- D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000.
- D. ZOLO, *Una "guerra globale" monoteistica*, in *Iride*, 2003/2, pp. 223 ss.
- D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- M. Zupi (a cura di), *Sottosopra. La globalizzazione vista dal Sud del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

---

MEMORIE (SERIE I)

1. CAMILLO MONTALCINI, *Vicende delle pubbliche libertà in Piemonte dai primi tempi di Casa Savoia ad Emanuele Filiberto*, 1884.
2. *Studio critico sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle manifatture*, 1884.
3. CARLO LESSONA, *La Germania di G. Cornelio Tacito - Saggio storico-giuridico*, I, 1884.
4. VIRGILIO ROSSI, *L'Europa nel secolo decimosesto e l'Europa d'oggi - Raffronti*, 1886.
5. CARLO LESSONA, *La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI - Contributo alla storia del diritto italiano*, 1886.
6. FRANCESCO RUFFINI, *L'actio spolii - Studio storico-giuridico*, 1889.
7. GUIDO CAPITANI, *Stato - Beneficenza e previdenza pubblica - Considerazioni*, 1888.
8. FEDERICO PATETTA, *Le ordalie - Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, 1890.
9. GIOVANNI BOBBIO, *Sulle origini e sul fondamento della famiglia - Studio filosofico-storico-giuridico*, 1891.
10. BARTOLOMEO DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.
11. CARLO ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo alla teoria delle servitù prediali*, 1895.
12. RAFFAELE COGNETTI DE MARTIIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, 1900.

MEMORIE (SERIE II)

1. F. VASSALLI - L. FRANCHI, *G. P. Chironi*, 1928.
2. E. DULIO, *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco*, 1928.
3. G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, 1928.
4. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, 1929.
5. E. DULIO, *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico*, 1929.
6. G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930.
7. M. EINAUDI, *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche*, 1930.
8. M. CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, 1930.
9. G. AGOSTI, *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV - Il «Consilium Callimachi»*, 1930.
10. M. DE BERNARDI, *Giovanni Botero economista - Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città»*, 1931.

11. G. BALLADORE PALLIERI, *I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale*, 1931.
12. G. FERROGLIO, *La condizione giuridica delle confraternite*, 1931.
13. R. TREVES, *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento*, 1931.
14. A. ALBERTI, *Alberto Radicati di Passerano - Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del sec. XVIII*, 1931.
15. M. CORBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico*, 1931.
16. M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
17. D. BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigiato - Genesi storica e natura giuridica*, 1932.
18. V. LARGU, *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica*, 1932.
19. G. BALLADORE PALLIERI, *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui*, 1932.
20. U. GUALAZZINI, *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo - Contributo alla storia del diritto del lavoro*, 1932.
21. R. MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, 1932.
22. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Riccardo Hooker - Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale*, 1932.
23. P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, 1933.
24. C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, 1934.
25. D. DE CASTRO, *Metodi per calcolare gli indici della criminalità*, 1934.
26. R. TREVES, *Il diritto come relazione - Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo*, 1934.
27. C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, 1934.
28. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934.
29. N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, 1934.
30. E. CROSA, *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto*, 1935.
31. G. MARCHELLO, *Il problema critico del diritto naturale*, 1936.
32. R. MONACO, *I conflitti di legge in materia di cambiale*, 1936.
33. C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, 1936.
34. C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma*, 1937.
35. *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza - Relazione del Prof. Mario Ricca-Barberis*, 1938.
36. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938.
37. S. PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, 1938.
38. M. ALLARA - P. GRECO - G. GROSSO - A. MONTELLA - M. RICCA-BARBERIS, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile*, 1938.
39. M. RICCA-BARBERIS, *L'evizione nella vendita giudiziale*, 1938.
40. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella permuta*, 1939.
41. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, 1939.

42. G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, 1939.
43. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale*, 1939.
44. C. ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata*, 1939.
45. B. LEONI, *Il problema nella scienza giuridica*, 1940.
46. P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, 1940.
47. F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, 1941.
48. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, 1942.
49. G. MARCHELLO, *Studi sul concetto di oggettività sociale*, 1942.
50. G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, 1942.
51. B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, 1943.
52. P. BORDA, *La dispensa amministrativa*, 1943.
53. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1943.
54. E. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, 1943.
55. S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, 1943.
56. M. SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, 1944.
57. M. RICCA-BARBERIS, *Acquisto per ritrovamento o invenzione*, 1945.
58. G. BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società*, 1945.
59. G. FERROGLIO, *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa*, 1946.
60. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, 1947.
61. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato - Parte generale*, 1947.
62. R. TREVES, *Diritto e Cultura*, 1947.
63. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, 1949.
64. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, 1949.
65. L. EINAUDI, *Scienza economica ed economisti nel momento presente* (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino), 1950.
66. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare*, 1950.
67. M. GORINO-CAUSA, *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani*, 1950.
68. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, 1950.
69. E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, 1950.
70. R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, 1950.
71. G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, 1950.
72. A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, 1950.
73. G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, 1950.
74. M. A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il Risorgimento*, 1951.
75. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, 1951.
76. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, 1952.
77. A. M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, 1952.
78. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa*, 1953.
79. A. M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica - Studi preliminari*, 1953.
80. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, 1953.
81. A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale - Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, 1953.
82. G. PROVERA, *Contributi allo studio di insiurandum in litem*, 1953.
83. M. RICCA-BARBERIS, *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale*, 1954.

84. M. GORINO-CAUSA, *Sui regolamenti in diritto canonico*, 1954.
85. E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, 1954.
86. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, 1954.
87. E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali - Saggio comparativo - I*, 1954; *II*, 1955.
88. R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria - Parte Generale*, 1955.
89. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, 1955.
90. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, 1955.
91. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, 1955.
92. A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, 1955.
93. M. GORINO CAUSA, *Mutamenti costituzionali e territoriali e sopravvivenza dei concordati*, 1956.
94. P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, 1956.
95. F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale - Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956.
96. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi nello stato sabaudo - A proposito della questione dotale di Filiberta di Savoia - Nemours*, 1957.
97. E. VITTA, *Le riserve nei trattati*, 1957.
98. M. GORINO CAUSA, *Aspetti giuridici della libertà della Chiesa*, 1957.
99. A. MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, 1958.
100. M. RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione - Parte generale*, 1958.
101. E. VITTA, *Studi sui trattati*, 1958.
102. F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, 1958.
103. G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano - I. La procedura formulare*, 1958; *II. La cognitio extra ordinem*, 1960.
104. A. MARAZZI, *I territori internazionalizzati - I*, 1959.
105. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, 1959.
106. L. MAFFEO, *I vizi della volontà nell'ordine sacro*, 1960.
107. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale - I*, 1960.
108. S. PIVANO, *Precarie e livelli*, 1962.
109. C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (non pubblicato).
110. C. FERRARI, *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego*, 1962.
111. G. A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, 1962.
112. G. PROVERA, *La vindictio caducorum - Contributo allo studio del processo fiscale romano*, 1964.
113. A. BARUCCHI, *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia*, 1964.
114. L. ORUSA, *Le strade pubbliche - I. Proprietà e classificazioni*, 1964.
115. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, 1964.
116. E. DI ROBILANT, *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia*, 1964.
117. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, 1965.
118. S. PIVANO, *Scritti minori di storia e storia del diritto - con una notizia biografica dell'Autore a cura di M. E. VIORELLI*, 1965.
119. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano - I*, 1965.
120. R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, 1965.

121. I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1965.
122. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, 1965.
123. M. LONGO, *Normazione professionale ed ordinamento giuridico statale - Contributo allo studio delle fonti del diritto dell'economia - Parte prima - Introduzione*, 1966.
124. L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella costituzione*, 1966.
125. M. BIN, *La diseredazione - Contributo allo studio del contenuto del testamento*, 1966.
126. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, 1967.
127. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 1967.
128. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, 1967.
129. A. COMBA, *Le giurisdizioni amministrative delle organizzazioni internazionali - I*, 1967.
130. M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 della costituzione*, 1968.
131. S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia» criteri di imputazione e problema della «culpa»*, 1969.
132. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali - I*, 1970.
133. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, 1970.
134. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto - I. Dalle origini alla scuola storica*, 1968.
135. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756 - I. Capo I - Premesse introduttive - Capo II - L'ambito operativo della legge*, 1970.
136. A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1970.
137. I. MANZONI, *Profili generali dei contributi di miglioria*, 1970.
138. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino - Parte prima*, 1971.
139. A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo - Aspetti e problemi*, 1971.
140. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971.
141. M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, 1971.
142. G. VAILATI, *La nazionalizzazione delle imprese - Problemi e prospettive*, 1971.
143. G. GAVAZZI, *L'onere - Tra la libertà e l'obbligo*, 1970.
144. G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti - I. L'obbligo «ex lege» dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, 1972.
145. F. PATETTA - M. CHIAUDANO - M. AMIETTA DELLA CORNA - F. FISICARO VERCELLI - A. LANGE, *L'Università di Torino nei secc. XVI e XVII*, 1972.
146. G. COTTRAU, *La tutela della donna lavoratrice - I*, 1971.
147. R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo - Un paese africano inizia l'edificazione del socialismo*, 1973.
148. G. GROSSO, *Mario Allara - Commemorazione letta nell'Aula Magna dell'Università di Torino il 9 luglio 1973*, 1973.
149. N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano - I. Diritto classico*, 1973.
150. M. CICALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, 1974.
151. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974.

152. A. COMBA, *Organizzazione internazionale e ordinamento dello Stato*, 1974.
153. E. FERRERO, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, 1974.
154. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756 - II - Capo III - Le finalità della legge - Capo IV - Gli strumenti tecnico-operativi della legge*, 1974.
155. A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, 1975.
156. P. CATALANO, *Populus romanus quirites*, 1974.
157. F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, 1975.
158. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, 1976.
159. P. L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum - I. Profili funzionali*, 1976.
160. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni - Profili funzionali*, 1976.
161. G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela dal contraente debole*, 1976.
162. R. BERTOLDO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo Studio del diritto ecclesiastico subalpino - Parte seconda*, 1976.
163. F. BONA - E. GALLO - F. GORIA - L. LANTELLA - M. SARGENTI - N. SCAPINI - P. L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, 1976.

#### MEMORIE (SERIE III)

1. ANDREA BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, 1977.
2. ENRICO GENTA, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, 1978.
3. ORESTE CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale - Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, 1979.
4. FRANCO PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, 1979.
5. PIERLUIGI ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 1979.
6. ALESSANDRO CROSETTI, *Profili giuridici della riorganizzazione sovracomunale del territorio*, 1979.
7. ANDREA BELVEDERE - MARIO JORI - LELIO LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, 1979.
8. SERGIO CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980.
9. PAOLO SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia - I*, 1980.
10. ALMA TESTORI CICALA, *Problematica del matrimonio religioso in relazione all'ordinamento penale statuale*, 1980.
11. VALERIA DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, 1981.
12. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista - Atti del Convegno torinese, 4-5 maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano*, 1981.
13. PIERLUIGI ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, 1983.
14. GIUSEPPE PORRO, *L'integrazione giuridica nell'associazione europea di libero scambio*, 1983.
15. ROSARIO FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore - Profili pubblicistici*, 1983.
16. CARLO EMANUELE GALLO, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, 1983.
17. NEVIO SCAPINI, *La confessione nel diritto romano, II. Diritto giustiniano*, 1983.

18. MASSIMO INTROVIGNE, *I due principi di giustizia nella teoria di Rawls*, 1983.
19. ALBA NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, 1983.
20. *Riflessioni sulle regioni* - Atti del convegno in memoria di FRANCO LEVI, Torino 15 maggio 1981, 1983.
21. MARIO ALLARA, *Dei beni*, 1984.
22. VITTORIO VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, 1984.
23. STEFANO SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, 1984.
24. ROSARIO FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, 1985.
25. PAOLO FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, 1985.
26. PAOLO GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, 1988.
27. ELISABETTA PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, 1988.
28. GIORGIO LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989.
29. ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo - Ambito di applicazione*, 1990.
30. DAVIDE PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, 1990.
31. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità - Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, 1990.
32. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, 1990.
33. GABRIELLA RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, 1991.
34. GIUSEPPE GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, 1990.
35. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, 1990.
36. ROBERTO CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, 1990.
37. MASSIMO TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, 1991.
38. GIACOMO OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991.
39. NICOLÒ ZANON, *Il libero mandato parlamentare - Saggio critico sull'articolo 67 della costituzione*, 1991.
40. GIUSEPPE VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, 1992.

#### MEMORIE (SERIE IV)

1. CARLO MAIORCA, *La dinamica giuridica successoria*, 1992.
2. PAOLO GARBARINO, *Contributo allo studio del senato in età giustiniana*, 1992.
3. ROBERTO CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, 1992.
4. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, 1993.
5. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, 1993.
6. LUCIANO MICCO, *Razionalità legislativa e autonomia collettiva*, 1993.
7. MARIA GIOVANNA FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, 1993.



8. PATRIZIA MACCHIA, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico*, 1994.
9. EDOARDO GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, 1994.
10. FRANCESCO CAPRIOLI, *L'archiviazione*, 1994.
11. ANNAMARIA POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, 1995.
12. GIORGIO LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, 1996.
13. DAVIDE PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, 1996.

#### MISCELLANEA (I SERIE)

1. V. BRONDI, *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza della regia Università di Torino*, con prefazione di SANTI ROMANO, 1934.
2. G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, con prefazione di LUIGI EINAUDI, 1949.
3. G. SEGRÈ, *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1952.
4. P. JANNACCONE, *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie* - I, 1953; II, 1954.
5. B. DUSI, *Scritti giuridici*, a cura di PIERO SCHLESINGER - Due volumi, 1956.
6. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* - I. *Individualismo e diritto privato*, 1959.
7. G. OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto internazionale*, con prefazione di RICCARDO MONACO - I, 1959; II, 1960.
8. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1960.
9. F. PIERANDREI, *Scritti di diritto costituzionale*, con prefazione di LEOPOLDO ELIA - Tre volumi, 1964.
10. A. BERTOLA, *Scritti minori*, con premessa di GIUSEPPE OLIVERO - Tre volumi, 1967.
11. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* - II. *Storicismo e diritto privato*, 1971.
12. P. BODDA, *Studi sull'atto amministrativo*, con premessa di ELIO CASETTA, 1973.
13. G. SEGRÈ, *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di NEVIO SCAPINI e con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1976.

#### MISCELLANEA (II SERIE)

1. G. TREVES, *Scritti giuridici*, 1982.
2. *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, 1983.
3. G. OLIVERO, *Studia canonica*, presentazione di RINALDO BERTOLINO, 1987.
4. *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* - Atti del Seminario di Torino, 4-5 maggio 1990, a cura di MARIO CHIAVARIO, 1991.
5. *Maestri della facoltà di giurisprudenza torinese* - Paolo Greco, 1991.

### MISCELLANEA (III SERIE)

1. *Diritto e processo nella esperienza romana* - Atti del Seminario torinese 4-5 dicembre 1991 in memoria di Giuseppe Provera, 1994.
2. *Atti del Convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa'* - Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Torino 10-12 novembre 1989, 1996.
3. *Scritti in onore di Elio Casetta*, 2001.
4. *Le droit par-dessus les frontières. Il diritto sopra le frontiere*. «Atti delle journées internationales». Torino 2001, 2003.

---

## UNIVERSITÀ DI TORINO MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

---

### MEMORIE (SERIE V)

1. BARBARA LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, 1996.
2. MARIA ANTONIETTA LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.*, 1996.
3. MARIO COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, 1996.
4. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, 1996.
5. PAOLO HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, 1997.
6. FABRIZIO CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, 1997.
7. ANDREA TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ultro tributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, 1998.
8. ANDREA GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, 1999.
9. GABRIELLA M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, 2000.
10. MARCO PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, 2000.
11. ORNELLA PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, 2001.
12. VINCENZO TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, 2001.
13. MASSIMO MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*» - Contributo allo studio del concorso tra «*actio legis Aquiliae*» e «*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*», 2001.
14. MICHELE VELLANO, *L'organo d'appello dell'OMC*, 2001.
15. MARIA MARCHERITA SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità europea*, 2001.
16. EMANUELE STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, 2002.
17. MARIA PAOLA AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, 2003.
18. ILENIA MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, 2003.

19. SILVIA CANTONI, *Cooperazione multilaterale e finanziamento dello sviluppo*, 2004.
20. DAVIDE PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, 2004.
21. EMANUELE STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, 2004.
22. CHIARA TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, 2004.
23. SERENA QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, 2004.
24. ENRICO GENTA, *Principi e regole internazionali tra forza e costume. Le relazioni anglo-sabaude nella prima metà del settecento*, 2004.
25. DANIELA IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e "fattori di rischio" emergenti*, 2005.
26. ALESSANDRA ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, 2005.

Finito di stampare  
nel febbraio 2005  
P.M.P. Press Point  
Quarto - Napoli